

***ASPECTOS DOGMÁTICOS MÁS DISCUTIDOS DE LOS DELITOS
URBANÍSTICOS TRAS DOS DÉCADAS DE VIGENCIA***

Autor

JUAN JESÚS IGLESIAS CASTRO

TRABAJO FIN DE MÁSTER/AÑO 2016

Directora

MARÍA ACALE SÁNCHEZ

Catedrática de Derecho Penal



Escuela de Doctorado de la Universidad de Cádiz
Máster Oficial en Sistema Penal y Criminalidad
Campus de La Asunción (Jerez de la Fra.)
Universidad de Cádiz
Avda. de la Universidad, s/n - 11402 Jerez de la Fra.

DATOS DEL ESTUDIANTE

Nombre y Apellidos: Juan Jesús Iglesias Castro

Correo electrónico: juanjesus.iglesiastcastro@mail.uca.es

Titulación: Máster Oficial en Sistema Penal y Criminalidad

Centro: Escuela de Doctorado de la Universidad de Cádiz

DATOS DE LA DIRECTORA

Nombre y Apellidos: María Acale Sánchez

Correo electrónico: maria.acale@uca.es

Titulación: Catedrática de Derecho Penal

Centro: Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz

Resumen

Este estudio se centra en el actual estado de las principales cuestiones que rodean a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, contenidos en los artículos 319 y 320 del Código Penal español. En una primera fase se delimitan los conceptos de ordenación del territorio y urbanismo para identificar el bien jurídico tutelado. Seguidamente, en dos capítulos se analizan: en primer lugar, los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo stricto sensu; y, en segundo término, estos delitos en referencia a funcionarios y autoridades para mostrar una visión global de la dimensión penal de la crisis urbanística existente y su tratamiento por la jurisprudencia, la doctrina y la legislación en un debate que, no por tener más nítidas las posturas encontradas, deja de tener vigencia tras dos décadas de vida de los delitos urbanísticos en España.

Palabras clave

Delincuencia urbanística, protección penal del suelo, ordenación del territorio.

Abstract

The attention of this studied has focused on the current state of the main problems about urban planning offences, included in articles 319 and 320 of the Spanish Criminal Law. The first part of the studied defines the view of the urban planning to identify the legally protected. Immediately, the urban planning offences are studied in two chapters: firstly, urban planning offences strictly speaking; and, in second place, these same urban planning offences alluding to civil servants and authorities to show an overview of the criminal dimension of this housing crisis and how to confront these case-law, legal science and the legislation in the discussion. This has cleared the positions; nevertheless, the discussion is still alive after two decades of urban planning offences in Spain.

Keywords

Urban planning offences, soil penal protection, urban planning.

Nota previa del autor

La realización de este estudio ha respondido a la inquietud que provocan los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en la doctrina y la jurisprudencia, unas veces por sí solos y en otras ocasiones en compañía de otras infracciones penales como cohecho, fraude, falsedad documental, malversación, estafas inmobiliarias y otras tantas ilicitudes en un *mare magnum* de corrupción y alarma social que sacuden a la ciudadanía. Su misma complejidad los hace fascinantes y atractivos para la labor investigadora y es por ello por lo que se propuso hacer estas observaciones partiendo del contexto que hoy vivimos veinte años después de la instauración de estos delitos y tras los pasos de la LO 1/2015 de 30 de marzo de Reforma del Código Penal.

Como prefacio, es el momento para mostrar mi agradecimiento a la Profesora María Acale Sánchez, por la libertad que me ha proporcionado para ir aprendiendo y avanzando en esta materia y, no sólo por estar siempre que ha sido necesario, sino por hacerlo de la forma que las circunstancias lo requieren por cambiantes y exigentes que éstas sean, tanto con sus desvelos como con sus certeros consejos.

Bornos, 26 de enero de 2016

Abreviaturas

AH	Antecedente de Hecho
ARIP	Área Rural de Interés Paisajístico
art.	artículo
arts.	artículos
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
cit.	citado
CP	Código Penal
CEMAT	Conferencia Europea de Ministros responsables de la Ordenación del Territorio
DA	Disposición Adicional
FJ	Fundamento Jurídico
HP	Hecho Probado
LPHE	Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español
LPNB	Ley 47/2002, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y Biodiversidad
LRJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LRJPAC	Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LOE	Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación
LON	Ley de 28 de mayo de 1862 Orgánica del Notariado
LOUA	Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía
LVP	Ley 3/1995 de 23 de marzo, de Vías Pecuarias
p.	página
PIOF	Plan Insular de Ordenación de Fuerteventura
PLOCP	Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992
pp.	páginas
PRUG-PRB	Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Rural de Betancuria
RDLTRLA	Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas
RDLTRLS	Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por el Real Decreto Legislativo

RDLTRLSRU	2/2008, de 20 de junio Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.
RDU	Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana
RDUa	Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía
ROF	Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre
RSCL	Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SEPRONA	Servicio de Protección a la Naturaleza de la Guardia Civil.
SJCA	Sentencia de Juzgado de lo Contencioso-Administrativo
SJP	Sentencia de Juzgado de lo Penal
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

INDICE

<i>ASPECTOS DOGMÁTICOS MÁS DISCUTIDOS DE LOS DELITOS URBANÍSTICOS TRAS DOS DÉCADAS DE VIGENCIA</i>	0
Nota previa del autor	4
Abreviaturas	5
SITUACIÓN DE PARTIDA Y MOTIVACIÓN DEL PRESENTE ESTUDIO.....	10
METODOLOGÍA	11
Capítulo primero. Concepto y caracterización de la ordenación del territorio y el urbanismo ...	12
I. CONCEPTOS	12
II. CARACTERIZACIÓN	17
Capítulo segundo. El delito común sobre la ordenación del territorio del art. 319	20
I. BIEN JURÍDICO	20
II. TIPO OBJETIVO	28
1. Conductas típicas.....	28
1.1 La autorización administrativa	28
1.2 Obras de urbanización, construcción o edificación.....	30
1.3 El concepto de “no autorizables”	32
1.3.1 Situación legal de fuera de ordenación.....	37
1.4 Objeto material de protección	38
1.4.1 Del 319.1	38
1.4.2 Del 319.2	41
2. Sujetos activos: “promotores, constructores o técnicos directores”	42
2.1 Promotores	44
2.2 Constructores.....	47
2.3 Técnicos directores.....	49
III. TIPO SUBJETIVO.....	51
1. El dolo	51
2. El error	52
3. Estado de necesidad y la edificación miserable	57
IV. <i>ITER CRIMINIS</i>	59
1. Consumación.....	59
2. Tentativa.....	61
3. Cuestión particular de las parcelaciones ilegales	62
VI. CONSECUENCIAS PENOLÓGICAS	64
1. Pena de prisión	64

2.	Pena de multa	65
3.	Pena de inhabilitación especial.....	65
4.	Responsabilidad penal de la persona jurídica.....	65
VII.	MEDIDAS REALES.....	66
1.	La demolición.....	66
2.	La reposición	70
3.	El comiso.....	72
VIII.	FORMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	73
IX.	CONCURSOS	75
1.	Con el art. 325: delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente.....	75
2.	Con el art. 323: delitos sobre el patrimonio histórico	76
3.	Con el art. 556: delito de desobediencia grave.....	77
4.	Con el art. 350: delitos de resultado catastrófico	77
5.	Con los arts. 391 y 392: delitos de falsedad documental	78
X.	SISTEMA DE PRESCRIPCIÓN	78
Capítulo tercero.	Delito especial sobre la ordenación del territorio del art. 320	80
I.	BIEN JURÍDICO	80
II.	TIPO OBJETIVO	81
1.	Conductas típicas.....	81
1.1.	Art. 320.1 CP.....	81
1.1.1	Emitir informe favorable	81
1.1.2	Silenciar infracciones detectadas u omitir las inspecciones obligatorias	84
1.2.	Art. 320.2 CP.....	85
1.2.1	Votar o resolver favorablemente	85
1.2.2.	Abstenciones, votos en blanco y nulos.....	88
2.	Sujeto activo: “autoridad o funcionario público”	90
2.1	Sujetos activos del art. 320.1	90
2.1.2.1.1	Arquitecto Técnico y Aparejador Municipal.....	93
2.1.3	Asesor Técnico Jurídico, Secretario Municipal o Letrado Asesor	94
2.1.4	Celador de Obras Municipal.....	95
2.1.5	Colegios Profesionales	96
2.2	Sujetos activos del art. 320.2 CP	99
2.2.1	El caso particular de Notarios y Registradores de la Propiedad.....	101
II.	TIPO SUBJETIVO.....	102

III.	<i>ITER CRIMINIS</i>	105
IV.	CONSECUENCIAS PENOLÓGICAS	108
IV.	FORMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	109
V.	CONCURSOS	113
1.	Con el art. 319: delito común sobre la ordenación del territorio.....	113
2.	Con el art. 404: delito de prevaricación administrativa.....	115
3.	Con los arts. 390 y 392: delito de falsedad documental	119
4.	Delito continuado	120
VI.	SISTEMA DE PRESCRIPCIÓN	122
	CONCLUSIONES PROPUESTAS	125
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	127
	ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA	134

SITUACIÓN DE PARTIDA Y MOTIVACIÓN DEL PRESENTE ESTUDIO

Desde su entrada en vigor con el CP de 1995, los delitos sobre la ordenación del territorio y, desde la reforma 2010, sobre el urbanismo (arts. 319 y 320 CP), han sido un tema controvertido en la doctrina y la literatura jurisprudencial. El debate rebasa las fronteras doctrinales y judiciales porque es una cuestión candente en la sociedad desde que empezaron a aflorar los escándalos urbanísticos y los medios de comunicación se hicieron eco dedicándole una gran difusión que crea primero e incentiva después la alarma social sobre unos delitos que, en sus comienzos, no fueron considerados como tales por muchas voces.

Estas infracciones llegaron al CP acompañadas de un amplio rechazo por parte de la jurisprudencia y la dogmática, sobre todo, la administrativista. En este sentido se afirmaba que no deberían tener cabida en terreno de lo penal, pues se entendía que la Administración y el Derecho Administrativo tenían la fuerza y los instrumentos suficientes como para velar por el ordenado desarrollo urbanístico del territorio y que su tipificación penal es una meta excesiva respecto a la gravedad de estas infracciones. Otras opiniones defendían su reconocimiento respaldado por un bien jurídico propio y su tipificación por los graves y cuantiosos daños que provocan estas conductas a la colectividad. Además, hay quien cree que la regulación penal resulta inapropiada y de difícil aplicación incluso hoy en día, veinte años después de que nacieran estas infracciones en el Ordenamiento español. También están aquellos que entienden que la Administración es insuficiente para controlar y reprimir estos actos, por lo que ven en la jurisdicción penal un desahogo y un refuerzo de la actividad punitiva administrativa por la mayor dureza de sus respuestas represivas.

Este análisis acepta la necesidad de su tipificación y trata de abordar la actual concepción de estos delitos y su motivación partiendo del análisis de sus elementos en el seno de la continua polémica que han venido generando.

El objeto de estudio ha sido escogido por los innegables efectos del urbanismo y la ordenación del territorio sobre las personas y su entorno. Al mismo tiempo ha sido motivo de elección de esta temática la realidad imperante así como la percepción actual sobre estas infracciones, las exigencias de la sociedad a los Poderes públicos y las respuestas que éstos ofrecen.

En suma, ahora se acomete la tarea de aclarar conceptos después de tan amplio rodaje y, al mismo tiempo, calibrar el presente estado de las cuestiones más polémicas. Por lo tanto, se ha abordado el tema con especial atención a las últimas novedades dirigidas a la consolidación de los tipos y a garantizar los bienes jurídicos en juego.

METODOLOGÍA

La ordenación del territorio y la actividad de la Administración pública son temas propios del Derecho Administrativo en su regulación y su desarrollo, y es por eso que a esta parcela del Ordenamiento acude el Derecho Penal para valerse de conceptos que describan los tipos penales incompletos o en blanco. Sin embargo, paralelamente, el Derecho Penal ha ido conformando sus propios conceptos, semejantes pero no idénticos a los administrativos.

Ante esta relación de accesoriadad del Derecho Administrativo y supletoriedad del Derecho Penal se ha recurrido al estudio de la normativa y doctrina administrativa para delimitar ideas, conceptos y expresiones. Empero, la interpretación y la formación de nociones alusivas a elementos de los tipos han sido realizadas en base a la doctrina y estudios jurisprudenciales penales mediante el método de elección jurisprudencial y de documentación bibliográfica.

La ausencia de instrumentos en unas ocasiones y la parquedad de la regulación positiva en otras, han provocado la necesidad de la respuesta punitiva del Derecho Penal y la actuación de los tribunales ante la pasividad o falta de efectividad y eficacia de la Administración en hacer respetar su normativa y ejecutar sus sanciones así como su tarea de colmar las lagunas que arrastra la regulación de estos tipos penales.

Capítulo primero. Concepto y caracterización de la ordenación del territorio y el urbanismo

I. CONCEPTOS

De entrada debe plantearse que estos conceptos no se hallan contenidos como tales en el texto constitucional, aunque se los presume en el art. 47 CE y, muy especialmente, ligados al medio ambiente (art. 45 CE) y al patrimonio histórico (art. 46). Esta presunción es así entendida por BENABENT FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, quien atribuye a la jurisprudencia constitucional y a una renovada lectura de la CE la dotación de contenido de estos conceptos, tan difusos en la Carta Magna¹.

Por lo que se refiere al concepto de urbanismo, éste presenta una incesante evolución. Principalmente esta transformación ha venido producida, se entiende, porque el objeto que se intentaba delimitar desbordó las definiciones existentes. Así lo considera FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ², según quien no puede apreciarse que un concepto que engloba algo tan vivo y dinámico como la vida en la ciudad pueda mantenerse incólume ante los vaivenes que experimente un núcleo urbano en su diseño y distribución³. Esta tendencia a presentar un concepto omnicomprendivo tuvo su génesis en las Islas Británicas y el uso del suelo como recurso natural limitado. De este modo lo recuerda el propio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁴:

La constatación de esta evidencia llevó a los ingleses, (...) , a bautizar sus Leyes urbanísticas desde 1939 como Town and country planning acts, esto es, como leyes para la planificación del campo y la ciudad, idea totalizadora que en Francia empezó a expresarse, a partir de 1944, aménagement du territoire, y que progresivamente fue incorporando contenidos adicionales a medida que se subrayaban las interrelaciones existentes entre la planificación física y la planificación económica hasta asumir y englobar también, las preocupaciones medioambientales que, desde hace sólo unos pocos años, reivindican la

¹ BENABENT FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, M., *La ordenación del territorio en España: Evolución del Concepto y su práctica en el siglo XX*, ed. Universidad de Sevilla (Secretariado de Publicaciones) - Consejería de Obras Públicas y Transportes (Servicio de Publicaciones), Sevilla, 2006, p. 193.

² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Manual de Derecho urbanístico*, ed. Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2014, p. 19.

³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Manual de Derecho urbanístico*, p. 19.

⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Manual de Derecho urbanístico*, cit., p. 19 y 20.

preservación de la naturaleza frente a las agresiones de que ésta es objeto por una sociedad altamente industrializada que tiende a subordinarlo todo al afán de producir más y más cada día.

Dicho esto, la conclusión ofrecida por parte de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ a este respecto es la siguiente: « *¿Qué es entonces el urbanismo en la actualidad? Sencillamente, una perspectiva global e integradora de todo lo que se refiere a la relación del hombre con el medio en el que se desenvuelve y que hace de la tierra, del suelo, su eje operativo.*⁵ ». Consecuentemente no se trata de forma unívoca la ordenación del espacio de un núcleo urbano, sino de un concepto que abarca toda actividad a la que el ser humano somete al suelo. De igual modo resulta la opinión de JURADO ALMONTE, respaldando además la idea de que no se trata de una relación de sinonimia con el concepto de ordenación del territorio a pesar de la estrecha relación entre ambos y su conexión innegable con el conjunto de la sociedad, la economía y el medio ambiente⁶, planteamiento al que se debe añadir el patrimonio histórico para que realmente sea completo.

Concretamente BENABENT FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA descompone los conceptos urbanismo y ordenación del territorio en semejanzas y divergencias:

- a) Como similitud entre ambas categorías valora su carácter de funciones públicas que tratan de la ordenación o racionalización de la conformación y estructura espacial de las actividades públicas o privadas con incidencia física.⁷
- b) Y como distinción afirma que son funciones diferentes: la ordenación del territorio se identifica con la ordenación y planificación global y supralocal, que integra y coordina una pluralidad de planificaciones espaciales, económicas y sociales; mientras que el urbanismo se identifica con una materia relacionada tanto con la construcción en sentido estricto, como con el ordenamiento de esta

⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Manual de Derecho urbanístico*, cit., p. 20.

⁶ JURADO ALMONTE, J. M., “Ordenación del Territorio y Urbanismo: conflictos y oportunidades” en JURADO ALMONTE, J. M., (Coord.), *Ordenación del Territorio y Urbanismo: conflictos y oportunidades*, ed. Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2011, p. 52.

⁷ BENABENT FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, M. B., *La ordenación del territorio en España: Evolución del concepto y su práctica en el siglo XX*, p. 199.

materia y cohesiona el planeamiento, el tráfico del suelo y su valoración, la urbanización y la política de edificación desde la perspectiva local.⁸

En esta misma línea se sitúa RODRÍGUEZ LÓPEZ, quien entiende que el urbanismo tiene que ser considerado una parcela inscrita en la ordenación del territorio como concreción de aquella con unas funciones específicas que lo convierten en un concepto autónomo, destacando⁹:

- a) Creación, mantenimiento y mejora de los núcleos de población.
- b) Ordenación y gestión jurídica de las actividades de planeamiento territorial, régimen de suelo, ejecución de construcciones y edificaciones, etc.
- c) Y todo ello con la finalidad específica de hacer posible la vida en común de los hombres en una sociedad urbana.

Ahora bien, son las acciones de edificar, urbanizar, construir o parcelar terrenos el núcleo del urbanismo. Debe entenderse, por lo tanto, que son hechos generadores de relevantes consecuencias tanto para la ciudad como para el entorno donde se asienta a partir de cambios en el paisaje y en los usos del suelo y que estas conductas (construir, edificar y urbanizar) son la principal materialización del urbanismo y afectan directamente a la ordenación del territorio, tal y como hace ver JURADO ALMONTE¹⁰

En contraste con esta posición favorable a considerar ordenación del territorio y urbanismo como nociones distintas, el propio JURADO ALMONTE menciona la STC 77/1984 de 3 de julio, que en su FJ 2º equipara el contenido de ambos conceptos definiéndolos como: « (...) la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que pueda destinarse el suelo o espacio físico territorial.»¹¹. Se puede llegar a entender que esta igualdad sea más consecuencia del contexto en que se dictó la resolución que del criterio del Tribunal, pues como ya se ha reseñado, ambos conceptos se han ido conformando con el paso del tiempo y con interpretaciones dotadas de más y

⁸ BENABENT FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, M. B., *La ordenación del territorio en España: Evolución del concepto y su práctica en el siglo XX*, p. 199.

⁹ LÓPEZ RODRÍGUEZ, P., *Medio Ambiente, Territorio, Urbanismo y Derecho penal*, ed. Bosch, Barcelona, 2007, p. 84.

¹⁰ JURADO ALMONTE, J. M., “Ordenación del Territorio y Urbanismo: conflictos y oportunidades”, p. 56.

¹¹ BENABENT FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, M. B., *La ordenación del territorio en España: Evolución del concepto y su práctica en el siglo XX*, cit., p. 195.

mejores instrumentos que una sentencia tan temprana con respecto al nacimiento y entrada en vigor de la CE.

En alusión a la concepción de la ordenación que resulta plausible obtener, o al menos intuir, desde la lectura de la CE y en el marco del Estado de las Autonomías, se opta aquí por secundar las reflexiones ofrecidas por BENABENT FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA¹²:

- a) La ordenación del territorio es una función pública, ya que el art. 47 CE la atribuye a los poderes públicos, en manos de las CC.AA por la vía del art. 148.1.3º CE y que será recogida por éstas en sus Estatutos de Autonomía.
- b) El texto constitucional entiende que se trata de una materia diferente de otras horizontales de gran cercanía como la planificación medioambiental, el urbanismo, la planificación económica, carreteras, planificación hidrológica, etc. Parece que este argumento de BENABENT FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA se deduce de la mención de la “utilización del suelo” y “acción urbanística” solamente en el art. 47 CE, separada del medio ambiente y del patrimonio histórico.
- c) Por último, reflexiona que la CE no asigna de forma directa un contenido específico a la ordenación del territorio y que el legislador constitucional deja este cometido en manos de las CC.AA con los límites propios del sistema de distribución de competencias. Sin embargo, la misma CE en el art. 47 esboza el contenido la ordenación del territorio estableciendo que los poderes públicos deberán actuar: « *regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación*» así como que « *La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.*»

Por lo que se refiere al ámbito europeo parece que la ordenación del territorio no se delimita con mayor precisión, aunque resulta compatible con la noción española en opinión de BENABENT FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA¹³. Esta definición europea se

¹² BENABENT FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, M., *La ordenación del territorio en España: Evolución del concepto y de su práctica en el siglo XX*, p. 193.

¹³ BENABENT FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, M. B., *La ordenación del territorio en España: Evolución del concepto y su práctica en el siglo XX*, p. 197.

encuentra en la Carta Europea de Ordenación del Territorio aprobada por la CEMAT¹⁴ en 1983. Este planteamiento se divide en dos partes diferenciables que, tal y como expresa este mismo autor, pueden dar lugar a cierta confusión. Por una parte, se determina la ordenación del territorio como: « (...) *la expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda sociedad*» y, por otra, es: « (...) *una disciplina científica, una técnica administrativa y una política pública concebida como un enfoque interdisciplinario y global cuyo objetivo es un desarrollo equilibrado de las regiones y la organización física del espacio según un concepto rector*»¹⁵.

Al respecto de esta concepción europea, cabe destacar que guarda semejanza con las referencias constitucionales y que no debería entenderse este desdoble como una confusión, sino como las dos caras de una misma moneda y que debe extraerse, a efectos penales, su vertiente como “expresión espacial”, “técnica administrativa” y “política pública”. De esta forma la propuesta constitucional es convergente con la europea y complementaria con ésta al referirse al mismo fondo: los usos del suelo regidos por la Administración, presidiendo ésta su actuación por el interés general y su afinidad con otras áreas como son la economía, el medio ambiente, el patrimonio histórico y la comunidad.

En definitiva, se concluye siguiendo la definición propuesta por ACALE SÁNCHEZ, quien percibe la ordenación del territorio como: «*una técnica de distribución territorial del suelo, en virtud de la cual se destinan a unos usos u otros, zonas enteras de territorio*»¹⁶. Este concepto entronca los dos vocablos, ordenación y territorio, puesto que, en puridad de dichos términos, entiendo que el concepto de ordenación del territorio es planificar la distribución de los sectores del mismo y la atribución de usos a cada uno de ellos y que el urbanismo es la materialización, a corto plazo y con mayor concreción, de lo que dispone la ordenación del territorio, donde se halla contenido.

¹⁴ Conferencia Europea de Ministros Responsables de la Ordenación del Territorio. Acrónimo de su denominación en francés.

¹⁵ CONSEJO DE EUROPA, Carta Europea de Ordenación del Territorio, Torremolinos, Conferencia Europea de Ministros Responsables de la Ordenación del Territorio 1983, sin paginar. Disponible: <http://www.ehu.es/Jmoreno/ArchivosPOT/CartaEuropeaOT.pdf> (Consultado: 23/03/2015).

¹⁶ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, cit., p. 128.

Por lo tanto, parece adecuado considerar que la ordenación del territorio es la matriz donde se incardina el urbanismo por ser la misma la que enmarca aquello que el urbanismo puede realizar en cada sector del suelo que ella ha delimitado previamente. Por ejemplo, la ordenación clasificará un suelo como urbano, pero será el urbanismo quién determine qué actuaciones podrán realizarse conforme a las directrices dadas por la ordenación.

Esta concepción casa perfectamente con las conductas tipificadas en los arts. 319 y 320 CP, donde se establecen comportamientos que van contra tal orden y planificación sobre el territorio por medio de un urbanismo ilícito, lo cual simplifica la discusión que viene generándose desde que el CP se acordara de incluir un título bajo cuya rúbrica se diera cobertura a un bien jurídico novedoso y controvertido.

II. CARACTERIZACIÓN

Antes de afrontar la tarea de confirmar o retractar cualquier hipótesis, se hace necesario referirse al urbanismo y la ordenación territorial como tareas propias de la Administración pública a la vista del art. 47 CE. En este sentido, el carácter de *res publica* viene justificado por la confluencia de diversos intereses en juego debido a los múltiples usos del suelo, su valor como recurso natural y bien patrimonial objeto de propiedad inscribible en el registro correspondiente (Registro de la Propiedad y Catastro Inmobiliario), así como la profunda influencia que puede llegar a ejercer sobre la vida de los habitantes de una ciudad. Dicho de otro modo, es el interés general el que debe prevalecer a la hora de gestionar los destinos del suelo y por eso dicha gestión ha de recaer necesariamente en la Administración como garante de los intereses colectivos mediante un desarrollo urbano adecuado y sostenible en base al suelo como un bien de extraordinario valor, escaso y frágil¹⁷.

A propósito de justificar la raíz pública del urbanismo y la ordenación del territorio, ZAMORANO WISNES se remite a la redacción del art. 2 RDLTRLs¹⁸,

¹⁷ ZAMORANO WISNES, J., "La crisis del modelo urbanístico español. Especial referencia a Andalucía" en JURADO ALMONTE, J. M. (Coord.), *Ordenación del Territorio y Urbanismo: conflictos y oportunidades*, ed. Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2011, p. 246.

¹⁸ ZAMORANO WISNES, J. "La crisis del modelo urbanístico español. Especial referencia a Andalucía", p. 247.

mantenida por el art. 3.1 y 2RDLTRLSTRU. En ambos preceptos no se deja lugar a dudas de que la Administración ha de ceñirse al interés general obedeciendo al art. 47 CE, al desarrollo sostenible y a la legalidad en lo referido a la gestión de los suelos (políticas públicas de regulación, ordenación, ocupación y uso del suelo). El llamado “principio de desarrollo sostenible” parece ser el eje obligado de estas políticas, pues así se desprende ya desde la nomenclatura de estos artículos y de que ambos preceptos, en todos sus números, hace continua referencia al mismo.

La importancia que concede el legislador al principio de desarrollo sostenible radica en las implicaciones tan destacadas del urbanismo y la ordenación del territorio en la vida de un municipio y sus habitantes. Tanto es así que no sólo se trata del uso racional del suelo, sino que la redacción va en la dirección de lograr otros fines indisolublemente unidos a este uso razonable, puesto que se persigue el uso equitativo que ha venido entendiendo la doctrina aquí citada. Estos fines que el legislador ha querido unir a la gestión justa del suelo son: los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente.

No obstante, no se ha detenido ahí el alcance de los efectos del gobierno del suelo, sino que se ha querido concretar con otros fines derivados de los anteriores: conservación y mejora de la naturaleza, la flora y la fauna y de la protección del patrimonio cultural y del paisaje; la protección del medio rural y la preservación de los valores del suelo innecesario o inidóneo para atender las necesidades de transformación urbanística; la prevención de riesgos para la seguridad y salud públicas; y, por último, prevenir y minimizar en lo posible la contaminación de aire, agua, suelo y subsuelo.

En definitiva, la rúbrica del Título XVI del CP guarda una evidente analogía de contenido con estos objetivos que atribuye la legislación administrativa a la gestión de los suelos. Por ello no es casualidad que el CP de 1995 regulara de forma consecutiva en un mismo Título todos los atentados graves contra la ordenación del territorio, el medio ambiente y los recursos naturales y el patrimonio histórico.

De otra parte, complementa este silogismo la propuesta de ACALE SÁNCHEZ¹⁹ cuando alude al art. 3.1 del propio RDLTRL, actual 4.1 RDLTRLSTRU, en concreción

¹⁹ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 108.

de la proyección social del derecho de propiedad previsto por el art. 33.2 CE y su sujeción al interés general conforme a los usos y destinos del suelo. Ambos textos refundidos atribuyen la ordenación territorial y urbanística, de nuevo diferenciando dos conceptos, a la Administración pública en base a la preponderancia del interés general y reservando, además, el derecho a indemnización cuando así lo estimen las leyes. Así pues, se antepone en todo caso el bien común, de lo cual se deduce que el trasfondo es un bien jurídico supraindividual, como se verá más adelante.

Por su parte, las metas propias de la ordenación del territorio no difieren apenas de las inherentes al urbanismo, sino que se aprecian como prácticamente equivalentes y de similares caracteres, complementarias y estrechamente relacionadas.

Se debe agregar que, por su extensión entre la normativa autonómica, los denominados objetivos funcionales de la ordenación del territorio son de mayor valor para las cuestiones aquí planteadas²⁰. Así pues, el elenco de los mismos siguiendo a BENABENT FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA²¹ es el siguiente: propiciar un desarrollo equilibrado, mejorar la calidad de vida y preservar el medio ambiente, los valores y recursos territoriales.

Es, en definitiva, finalidad del urbanismo y de la ordenación del territorio responder a la espiral de decadencia en la que ha entrado el espacio urbano en los últimos tiempos²², evitar los perjuicios de una ordenación azarosa víctima de una economía especulativa impulsada por gentes sin escrúpulos y cuya génesis es un entorno social y político permisivo con las constantes infracciones urbanísticas como cómplice de las mismas con su silencio y aceptación tácita.

²⁰ En el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Exposición de la LOUA, apartado II.2, es un ejemplo de objetivos funcionales de la ordenación del territorio.

²¹ BENABENT FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, M., B., *La ordenación del territorio en España: Evolución del concepto y su práctica en el siglo XX*, p. 200.

²² ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 130.

Capítulo segundo. El delito común sobre la ordenación del territorio del art. 319

I. BIEN JURÍDICO

El debate en torno al bien jurídico protegido se encendió muy especialmente desde 2010 con la referencia al urbanismo junto a la ordenación del territorio en la nomenclatura del Título donde se contienen estos delitos²³, pero su origen se encuentra en la polémica suscitada por la entrada del Derecho Penal en este ámbito en 1995²⁴.

Por lo que se refiere a la inclusión de este bien jurídico entre los que deben ser necesariamente tutelados por el Derecho Penal, cabe recordar que su necesidad de protección debe estar basada en la relevancia que dicho bien tenga para la sociedad y que sea apto de acogerse al amparo de esta rama del Ordenamiento jurídico²⁵. De resultas de esta idea que se entienda que la misión del Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos y que la misma se eleve como su razón de ser²⁶ *nemine discrepante*. Esta selectiva inclusión de bienes jurídicos con relevancia penal obedece al principio de intervención mínima, tan demandado y denostado al mismo tiempo²⁷. La STS 363/2006

²³ NÚÑEZ SÁNCHEZ, A., *Delitos urbanísticos*, en las XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado dedicadas al Nuevo Código Penal, celebradas en Madrid los días 17 y 18 de noviembre de 2010. Sin editar. Sin paginar. Disponible en: [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292342419961?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292342419961?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia_de_Angel_Nunez_Sanchez.PDF)

[Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia_de_Angel_Nunez_Sanchez.PDF](http://www.gestiplan.com/blog/documentos/2011/1106_conferenciafiscal.pdf) Fhttp://www.gestiplan.com/blog/documentos/2011/1106_conferenciafiscal.pdf (Consultado: 21/05/2015)

²⁴ En evidente oposición a la creación de estos nuevos delitos y su falta de rigor, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Manual de Derecho Urbanístico*, cit., p. 239: «(...), el nuevo Código Penal, aprobado por Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995, cediendo a una cierta demagogia que reclama con insistencia la criminalización de ciertas conductas antisociales hasta ahora reprimidas por la propia Administración (...)».

²⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Consideraciones acerca de los delitos sobre la Ordenación del Territorio a la luz del Derecho comparado”, en DE LA MATA BARRANCO (Editor), *Delitos contra el Urbanismo y la Ordenación del Territorio*, Jornadas sobre delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, Bilbao, 24 y 25 de marzo, 1998, ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998, pp. 197-221, p. 209.

²⁶ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 116.

²⁷ En referencia a la prevalencia y simultánea omisión del principio de intervención mínima, se expresa FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Manual de Derecho Urbanístico*, cit., p. 239: «Los nuevos delitos relativos a la ordenación del territorio, amén de resultar inquietantes (...), no rozan ni de lejos, por lo demás, lo que ha venido siendo el foco principal de los fenómenos de corrupción que a todos nos

de 28 de marzo afirma que dicho principio nace en profunda relación con el de proporcionalidad de las penas o de prohibición del exceso y lo justifica en la doble naturaleza del Derecho Penal:

a) Al ser un derecho fragmentario en cuanto no se protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.

b) Al ser un derecho subsidiario que como ultima ratio, la de operar únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal²⁸.

Para el tema de estudio aquí propuesto hay que retrotraerse hasta el Título XVI del CP de 1995 donde la ordenación del territorio hizo su entrada como bien jurídico, complementándose en la LO 5/2010 con el urbanismo²⁹, lo cual según SÁNCHEZ NÚÑEZ, podría haberse defendido desde el contexto en el que tanto los Tribunales como la sociedad en general apellidan a estos delitos como: «urbanísticos» obviando la mayoría de las veces el concepto “ordenación del territorio”³⁰. Constituye este hito en la legislación española de 1995 un cambio de perspectiva, una modificación en las competencias de gestión del suelo hacia una especie de regreso de la estas competencias, por vía de la tipificación, al dominio estatal³¹.

Habría que decir también que el bien jurídico determina la adscripción de la infracción penal a una ubicación sistemática dentro del Código, excepto en casos como el de la ordenación del territorio en el Capítulo I del Título XVI, donde se conforma su contenido desde la conducta típica y no desde el bien jurídico tutelado³². En

preocupan (las vulgarmente llamadas “recalificaciones”, que tienen que ver con la potestad de planeamiento y no con la disciplina urbanística), lo que lleva necesariamente a concluir que su introducción en el nuevo Código Penal no sólo no va a mejorar un ápice la situación, sino que puede producir efectos perversos en términos de inseguridad jurídica, como siempre que se conculca el principio de intervención mínima que ayer, hoy y siempre ha de presidir el Derecho Penal.»

²⁸ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 363/2006, FJ 8º.

²⁹ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 117.

³⁰ NÚÑEZ SÁNCHEZ, A., “Delitos Urbanísticos”.

³¹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Delimitación normativa del delito urbanístico en la ordenación territorial del Estado diseñada por el Título VIII de la Constitución Española de 1978”, *Cuadernos de política criminal*, (81), pp. 485-524, seguido por LÓPEZ RODRÍGUEZ, P., *Medio Ambiente, Territorio, Urbanismo y Derecho penal*, ed. Bosch, Barcelona, p. 83.

³² ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 117.

consecuencia cabe plantearse la cuestión de por qué los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo concernientes al Patrimonio histórico y a los recursos naturales y al medio ambiente no se enclavan en los Capítulos II y en el III respectivamente³³. Igualmente resulta perjudicada la ordenación del territorio al diluir su identidad en la pluralidad de bienes jurídicos abarcados por el Capítulo I³⁴.

En medio de esta vastedad y pluralidad de bienes jurídicos no se puede hablar de un «bien jurídico categorial»³⁵ porque, como defiende SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, no existe dicho bien jurídico que compendie todas las conductas típicas del Título XVI³⁶. A lo sumo se puede aludir a valores supraindividuales que reclaman protección penal y son dignos de la misma³⁷.

De manera que parece no quedar otra posibilidad que no sea reconducir la tutela de un bien jurídico tan amplio y difuso a una vertiente identificable y por ello de más fácil protección. Razón por la cual el camino desemboca en la planificación urbanística, que: *«tiene más de urbanismo, como técnica de distribución de los usos del suelo, que de ordenación del territorio como política espacial: también en su fase descendente el urbanismo es ordenación del territorio»*³⁸.

Esta concreción resultó de presentar la dimensión urbanística de la ordenación del territorio con una nota de vulnerabilidad ante las nuevas conductas tipificadas con el Código del 95³⁹. Empero, este tino quedaría condicionado a la subordinación de la interpretación al: *«contenido material de ofensividad de los tipos y en ningún caso a su conversión en tipos meramente formales»*⁴⁰.

Así pues, este estudio opta por partir de la hipótesis de que el bien jurídico tutelado es el conformado por el urbanismo y la ordenación del territorio, recalcando que, como se analizará más adelante, se presentarán los suelos como objeto material de

³³ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 117.

³⁴ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 117.

³⁵ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. “El bien jurídico protegido” en *Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente en el Código Penal y la Legislación especial*, Faraldo Cabana (Dir.) y Puente Aba (Coord.), ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 77-89.

³⁶ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., “El bien jurídico protegido”, p. 77.

³⁷ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., “El bien jurídico protegido”, p. 77.

³⁸ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, cit. p. 128 y 129.

³⁹ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, cit., p. 129.

⁴⁰ SÁNCHEZ NÚÑEZ, A., “Delitos urbanísticos”.

protección, pero no como bien jurídico y al mismo tiempo se estudiarán aquellas áreas o parcelas a las que acaban afectando los delitos de los arts. 319 y 320 CP, siendo con este último protegible el bien jurídico de la función pública⁴¹ y al mismo tiempo, de forma indirecta, la ordenación del territorio⁴² y, en opinión de ACALE SÁNCHEZ, el patrimonio histórico, el medio ambiente y los recursos naturales. Como resultado de este planteamiento, se puede considerar que, si el legislador hizo hincapié en lo urbanístico, éste sigue siendo una parte de la ordenación territorial⁴³ y con el urbanismo se dota de protección al mismo objeto que con la legalidad urbanística⁴⁴.

En alusión a la ordenación del territorio se podría justificar la calificación como bien jurídico en el sentido innegable de que una oportuna ordenación y distribución del suelo se muestra como pilar fundamental en el correcto funcionamiento de la sociedad de cara a sus necesidades⁴⁵ individuales y colectivas. Con mayor precisión ACALE SÁNCHEZ contempla la defensa del bien jurídico ordenación del territorio en base al contenido social del derecho de propiedad y el derecho de la colectividad a beneficiarse de las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos del art. 47 CE: *«(...) para que existan zonas verdes, viales, bienes de interés comunitario, es preciso que todos los propietarios participen (...) cediendo parte de su derecho de propiedad a la comunidad, (...)»* y no apropiándose de la parte que corresponde a la colectividad⁴⁶.

Así pues, debe concluirse que la ordenación del territorio categorizada como bien jurídico digno de la tutela penal supone la aceptación de la singular significación que tienen para los habitantes de los núcleos de población los espacios comunes, junto con su uso y disfrute, ante la frontera que suponen los espacios individuales, así como en la misma línea las actividades sociales y el individualismo de la ciudadanía⁴⁷. En este

⁴¹ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 127.

⁴² SÁNCHEZ NÚÑEZ, A., “Delitos urbanísticos”.

⁴³ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 129.

⁴⁴ SÁNCHEZ NÚÑEZ, Á., “Delitos urbanísticos”.

⁴⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Consideraciones acerca de los delitos sobre la Ordenación del Territorio a la luz del Derecho comparado”, p. 209.

⁴⁶ ACALE SÁNCHEZ, M^a, “El artículo 319.2: edificación no autorizable en suelo no urbanizable”, en DE LA MATA BARRANCO, N. J. (Editor), *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, Jornadas sobre delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Bilbao, 24 y 25 de marzo, 1998, ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998, pp. 49-72, cit., p. 50.

⁴⁷ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 131.

mismo sentido, la STS 363/2006, FJ 22º, ofrece una visión amplia del urbanismo en relación a su función como bien jurídico partiendo de un concepto extensivo⁴⁸:

- a) La disciplina urbanística o urbanismo sobrepasa las cuestiones de construcciones y licencias entre interesados y la Administración porque entraña el equilibrio urbano de las ciudades y el equilibrio físico y mental de las personas, así como un medio para beneficiar la convivencia ciudadana, la relación del ser humano con el medio ambiente y su integración en el mismo.
- b) Estima la existencia de un bien jurídico de titularidad colectiva al reflexionar sobre el suelo como « (...) *hábitat*» de cada uno, que sin dejar de ser titular, de ese inmueble o parte de él, también afecta a todos los demás ciudadanos (...)» y cuya importancia exige planes y el sometimiento riguroso a unas normas.
- c) Por último, justifica la relevancia de estas infracciones porque hacen peligrar la misma existencia humana y lesionan la justicia y el bien común, erigiéndose como ilicitudes de considerable gravedad.

Resulta necesario hacer saber que, en caso de haber optado, como así lo ha hecho parte de la doctrina, por apuntar a la protección de las normas urbanísticas, se caería en el doble error de instaurar delitos formales⁴⁹ y de dejar el Derecho Penal subrogado al Administrativo, cuando éste se vea desbordado por las desobediencias⁵⁰.

De igual modo aclara DE LA CUESTA ARZAMENDI que es el propio Derecho Administrativo la mejor herramienta contra los desórdenes urbanísticos. A su modo de

⁴⁸ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 363/2006 de 28 de marzo. FJ 22º, seguida en TRIBUNAL SUPREMO. “Sala Segunda” en Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Año Judicial 2006-2007), pp. 71-151. Disponible: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Actividad-del-TS/Cronica-de-Jurisprudencia/Cronica-de-la-jurisprudencia-del-Tribunal-Supremo--2006-2007>, cit., p. 124 (Consultado: 24/07/2015).

⁴⁹ NÚÑEZ SÁNCHEZ, A., “Delitos urbanísticos”.

⁵⁰ BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Los delitos urbanísticos*, ed. Atelier, Barcelona, 2007, p. 86; GÓRRIZ ROYO, E., “La construcción en suelos de especial protección y las edificaciones en suelo no urbanizable”, en AA.VV., *La protección de la ordenación del territorio en Galicia*, ed. Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia y Academia Gallega de Seguridad Pública, 2007, pp. 171-198, p. 175; de la misma autora, *Protección penal de la ordenación del territorio*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 571-572; GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo, función pública y Derecho Penal*, ed. Comares, Granada, 2000, p. 50; BERNAL CASTILLO, J., “Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos”, RDPC (Revista de Derecho Penal y Criminología), 2ª época, núm. 3, 1999, pp. 14 y 24; todos seguidos por SOUTO GARCÍA, E., “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo” en FARALDO CABANA, P., (Dir.) y PUENTE ABA, L. Mª (Coord.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código Penal y la legislación especial*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 145.

ver la llegada de estos delitos podría otorgar al Derecho Penal un papel secundario como suplente y simple cooperador de la normativa administrativa, con cuyas desobediencias podría estar dotando de contenido la intervención penal, desacreditando la verdadera función y el auténtico sentido de esta rama del Derecho⁵¹.

En contraste con lo anterior, RODRÍGUEZ RAMOS supone que existe la posibilidad real de que el Derecho Penal atribuya a la ordenación del territorio una tutela propia y genuina dotada de contenido inherente y fundamentos individuales⁵².

Todavía cabe señalar, para respaldar este razonamiento, la meritada STS 363/2006⁵³ cuando expone que:

(...) reducir la intervención del derecho penal, como ultima “ratio”, al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legisladora quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal.

(...) el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le integra en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos (...) pero también una tendencia (...) que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierten especialmente valiosos.

La misma resolución concreta el bien jurídico y al mismo tiempo lo separa de otros bienes jurídicos contenidos en el mismo Título XVI, eliminando esa vitola que se habría querido imponer al Derecho Penal de guardián de normas administrativas:

⁵¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Consideraciones acerca de los delitos sobre la Ordenación del Territorio a la luz del Derecho comparado”, p. 210.

⁵² RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La protección penal del urbanismo (Pautas para criminalizar algunas conductas)”, *Revista de Derecho Urbanístico*, 1982, p. 45, seguido por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Consideraciones acerca de los delitos sobre la Ordenación del Territorio a la luz del Derecho comparado”, en *Delitos contra el Urbanismo y la Ordenación del Territorio*, DE LA MATA BARRANCO (Editor), p. 210.

⁵³ TRIBUNAL SUPREMO, *Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Año Judicial 2006-2007)*, cit., p. 123, FJ 8º.

(...) el delito que analizamos, identifica el bien jurídico protegido por el mismo: la ordenación del territorio, pero no exclusivamente la “normativa”, sobre ordenación del territorio,(...) en el “delito urbanístico” no se tutela la normativa urbanística —un valor formal o meramente instrumental— sino el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de “utilización racional del suelo orientada a los intereses generales” (arts. 45 y 47 CE.), es decir la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general.

Se trata (...) de un bien jurídico comunitario de (...) “intereses difusos” pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica —en mayor o menor medida— a toda una colectividad.

Su protección —entiende la doctrina más autorizada— se inscribe en el fenómeno general de incorporación a la protección penal de intereses supraindividuales o colectivos y que obedece a la exigencia de intervención de los Poderes Públicos para tutelar estos intereses sociales, en congruencia con los principios rectores del Estado Social y Democrático de Derecho que consagra nuestra Constitución⁵⁴.

Lo que declara esta STS 363/2006 es que la ordenación del territorio es un bien jurídico de relevancia penal, diverso de una tutela de la legalidad urbanística; es igualmente un bien jurídico difuso porque su titular, sujeto pasivo de estos delitos, es la propia comunidad; y, desde el punto de vista constitucional, la ordenación como bien jurídico penalmente relevante se sujeta a una explotación del suelo razonable y ecuánime para con los intereses generales antepuestos a los particulares. De esta opinión resulta igualmente la SAP de Málaga 619/2010⁵⁵:

(...) el análisis del tipo debe realizarse desde la perspectiva de la “antijuridicidad material”, aplicando en su caso el principio de mínima intervención, cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado, ya que los tipos penales no pueden servir como mero reforzamiento de la autoridad administrativa, sin contenido material de antijuridicidad. (FJ 3º)

⁵⁴ TRIBUNAL SUPREMO, *Crónicas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, (Año judicial: 2006-2007), cit., p. 123-124, FJ 9º.

⁵⁵ SAP de Málaga (Sección 1ª). Sentencia núm. 619/2010 de 9 de noviembre.

Por otro lado, la LO 5/2010 de 22 de junio vino a renovar y a enmendar la rúbrica del Título XVI con la adición del urbanismo. En esencia no hubo cambio en el bien jurídico, salvo una mejor delimitación del mismo⁵⁶. Y por su parte, la LO 1/2015 de 30 de marzo de Reforma del Código Penal no ha realizado modificación alguna a este respecto.

En resumidas cuentas, el CP cuando tutela la ordenación del territorio y el urbanismo, protege las funciones del suelo y no el suelo *per se*, tal y como se protegen las funciones del patrimonio y no el patrimonio por sí mismo en delitos como el robo o el hurto. Este bien jurídico colectivo no nace en un derecho fundamental, como el derecho a la vida o a la integridad física y moral, sino en la misma esfera de conciencia colectiva en la que surgen otros delitos como los de lesa humanidad, que son ataques a toda la sociedad, y no en un afán filantrópico del legislador.

Por si fuera poco, en muchas ocasiones los daños provocados por estos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo son permanentes y una simple sanción administrativa minusvalora su poder lesivo, sin olvidar su concurrencia en no pocas ocasiones con otras infracciones penales. Para castigar las sanciones administrativas, la Administración cuenta con el ejercicio del *ius puniendi* mediante los instrumentos propios de esta rama del Derecho, por lo que es innecesario que el Derecho Penal sea medio de protección de la normativa urbanística ya que su objeto de castigo son las infracciones más graves como aquellas referidas a los suelos del art. 319.1 y 2.

Para terminar, como última observación, convendría señalar que habrá que centrar la atención más en la propia Constitución que en el CP, pues tanto el art. 45 como el 46 CE obligan al legislador a establecer sanciones administrativas y penales para proteger el patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 46 CE) y los recursos naturales, la calidad de vida y el medio ambiente (art. 45.3 CE). Cosa parecida debió suceder, desde esta perspectiva, con el art. 47 CE, pues ello habría delineado con mayor precisión los términos en los que se ha venido debatiendo en torno al bien jurídico y la presencia de estos delitos en el CP.

⁵⁶ En este sentido: ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 134; NÚÑEZ SÁNCHEZ, A., “Delitos urbanísticos”.

II. TIPO OBJETIVO

1. Conductas típicas

1.1 La autorización administrativa

La STS 443/2013⁵⁷ crea una equivalencia entre los términos “autorización”, “licencia” y “permiso”⁵⁸, haciendo uso del argumento ofrecido por el Ministerio Fiscal (FJ 5º). Sin embargo, la licencia no es el único instrumento que utiliza la Administración para permitir la realización de las obras, existiendo otros, como por ejemplo los proyectos de urbanización⁵⁹.

Mientras tanto, el RDL 1/2015 conceptualiza la licencia urbanística en su art. 5, como así lo señala CHAMIZO CALVO⁶⁰. Del citado precepto, resalta la autora que hay que tener especialmente en cuenta que se trata de actos reglados, de exclusiva competencia de la Administración Local y caracterizados por ser actos en blanco. A su vez, este carácter reglado tiene como finalidad asegurar la ausencia de arbitrariedad⁶¹. De todas formas existe la alternativa de imponer en la concesión determinados requisitos derivados del Ordenamiento o modificaciones de escaso calado para acomodar lo solicitado a la legalidad⁶².

En torno al alcance y objeto de las licencias urbanísticas, ambos conceptos recogidos y descritos en el art. 6 RDL 1/2015, sintetiza CHAMIZO CALVO⁶³ que por lo tocante al objeto podrá decirse que consiste en «*comprobar por la Administración municipal que las actuaciones de los administrados sujetas a ella se adecuan a la*

⁵⁷ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 2915/2013. FJ 5º.

⁵⁸ Se expresa la Sala en los siguientes términos: « (...) conforme al DRAE, la primera de las acepciones de la palabra licencia es " permiso para hacer algo", mientras que la cuarta de esas acepciones identifica aquel vocablo con una " resolución de la Administración por la que se autoriza una determinada actividad". En consecuencia, cuando la Fiscalía pidió información acerca de si se había otorgado alguna licencia, es evidente que estaba requiriendo datos acerca de si, en relación con las obras ilegales, se había otorgado algún permiso o autorización. El silencio del Alcalde supuso faltar a la verdad en un documento público y, por tanto, conllevó la ofensa al bien jurídico tutelado. »

⁵⁹ ROMA VALDÉS, A., “El alcance del delito contra la ordenación del territorio en supuestos complejos. Algunos ejemplos en Galicia”, en *Estudios penales y criminológicos*, (28), 2008, 397-440, p. 424. Disponible: <http://dspace.usc.es/handle/10347/4140> (Consultado: 16/08/2015).

⁶⁰ CHAMIZO CALVO, L. T., “Las licencias urbanísticas” en *Curso sobre el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Consejería de Obras Públicas y Vivienda, sin editor, Cádiz, 2010, sin paginar.

⁶¹ REBOLLO PUIG, M., “La disciplina urbanística”, en REBOLLO PUIG, M. (Coord.), *Derecho Urbanístico y Ordenación del Territorio en Andalucía*, ed. Iustel, Madrid, 2007, pp. 445-509, p. 449.

⁶² REBOLLO PUIG, M., “La disciplina urbanística”, p. 449.

⁶³ CHAMIZO CALVO, L. T., “Las licencias urbanísticas”.

ordenación territorial y urbanística vigente»⁶⁴; y simultáneamente el “alcance” se bifurca en determinar los «*aspectos a comprobar*» y los «*límites de la actuación municipal*», por lo que se constituye como una «*técnica de policía administrativa*»⁶⁵. Interpreta con este razonamiento que el alcance de la licencia urbanística es sinónimo de «*alcance de la intervención municipal*»⁶⁶.

Todas estas observaciones se relacionan a su vez con la «*especificidad de su objeto*»⁶⁷ en cuanto a que la autorización administrativa sólo concede al sujeto solicitante llevar a cabo la actuación contenida en dicho objeto⁶⁸. Así pues, la relevancia de la licencia radica en que su existencia y naturaleza determinan las formas de restablecimiento de la legalidad y las posibles sanciones a imponer⁶⁹ en caso de infracción.

Por otra parte, son nulas de pleno derecho aquellas licencias que autoricen la construcción en: « (...) *zonas verdes o espacios libres previstos en los instrumentos de ordenación urbanística.*», según se ordena en el art. 55 RDLTRLRU.

La licencia o autorización puede ser solicitada por un administrado o por otra Administración para poder ejercer una alteración pretendida sobre el espacio con total legalidad⁷⁰. Paralelamente, por lo tanto, puede ser pretendida tanto por persona física como por persona jurídica para llevar a cabo actividades en el suelo, subsuelo y el vuelo⁷¹, sea de naturaleza pública o privada y su solicitud es obligación del promotor.

En último lugar hay que añadir otras dos notas características de las licencias: su función es posibilitar el ejercicio de un derecho preexistente y son transmisibles previa

⁶⁴ CHAMIZO CALVO destaca entre los aspectos a comprobar: cumplimiento de los presupuestos legalmente exigibles para la ejecución de los actos sujetos a licencia (art.149 LOUA); adecuación de los actos sujetos a licencia a: determinaciones y normas urbanísticas establecidas en los instrumentos de planeamiento vigentes, planificación territorial vigente, incidencia de la actuación propuesta en el grado de protección de los bienes y espacios incluidos en los Catálogos ;existencia de los servicios urbanísticos necesarios para que la edificación pueda ser destinada al uso previsto(ver art 148 LOUA)

⁶⁵ CASTILLO BLANCO, F. A., “La Disciplina Urbanística”, en JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A. y REBOLLO PUIG, M. (Coords.) y REBOLLO PUIG, M., (Dir.), *Derecho Urbanístico de Andalucía: Comentarios a la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 519-596, cit., p. 532.

⁶⁶ CHAMIZO CALVO, L. T., “Las licencias urbanísticas”.

⁶⁷ CASTILLO BLANCO, F. A., “La Disciplina Urbanística”, cit., p. 533 y 534.

⁶⁸ CASTILLO BLANCO, F. A., “La Disciplina Urbanística”, p. 534.

⁶⁹ REBOLLO PUIG, M., “La disciplina urbanística”, p. 448.

⁷⁰ REBOLLO PUIG, M., “La disciplina urbanística”, p.448.

⁷¹ CASTILLO BLANCO, F. A., “La Disciplina Urbanística”, p. 532.

comunicación por escrito a la Corporación Local correspondiente según el art. 13.1RSCL⁷².

1.2 Obras de urbanización, construcción o edificación

Viene entendiendo la doctrina que estamos ante conceptos que no son sinónimos, máxime cuando la LO 5/2010 añade las obras de urbanización. Aparte, no es el legislador quien ofrece la definición de estas ideas, sino que la jurisprudencia ha ido precisando la descripción y obteniendo como punto de partida en este avance: «*que no toda construcción es una edificación, pero sí toda edificación es una construcción*»⁷³.

Existe acuerdo en que “edificar” consiste en ejecutar una obra para uso humano de habitación o similares⁷⁴. En este sentido, se pronuncian las SAP de Almería 296/2008 y 41/2006⁷⁵, siendo que esta última no valoró como edificación del art. 319.2 una estructura metálica para almacenar mercancía. Sirva de ejemplo clarificador la SAP de Tenerife 289/2010⁷⁶ cuando en su FJ 1º diferencia la edificación de la construcción en virtud de su finalidad o no como lugar habitable por personas:

- 1) *Que sea una obra de nueva planta, no una reposición, ni rehabilitación, ni reconstrucción, ni reparación, ni ampliación a otra ya realizada, salvo que en estos últimos casos se altere la configuración arquitectónica del edificio.*
- 2) *Que la obra se destine a habitación o reunión de personas.*

⁷² REBOLLO PUIG, M., “La disciplina urbanística”, cit., p. 449. En referencia al Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

⁷³ SÁNCHEZ NÚÑEZ, A., “Delitos urbanísticos”.

⁷⁴ ROMÁN GARCÍA, F. en *Derecho penal administrativo. Ordenación del territorio, patrimonio artístico y medio ambiente*, Granada, Comares, 1997, cit., pp. 69 y ss. seguido por SOUTO GARCÍA, E. M., “Los delitos urbanísticos en España: la protección dispensada por el artículo 319 del Código Penal español a la ordenación del territorio”, p. 103; FERNÁNDEZ ARIAS, P., “La delimitación entre el género construcción y la especie edificación. La vocación de permanencia de la construcción: problemática específica de las cabañas de madera o de chapa metálica en suelo rústico con suministros de agua y luz”, Encuentro de Magistrados de los Órdenes Jurisdiccionales Penal y Contencioso-Administrativo con Fiscales Adscritos de Forma Más Permanente a los Asuntos de cada una de estas Jurisdicciones”, organizado por el Foro de Formación y Estudios Medioambientales del Poder Judicial en la Comunidad Autónoma Andaluza, pp. 70—79), sin editar. Sevilla, España, 13 y 14 de diciembre de 2007, p. 71. Disponible: www.juntadeandalucia.es/.../formacion_juecesEncuaMedAmbSev.doc (Consultado: 04/04/2015).

⁷⁵ SAP de Almería (Sección 2ª). Sentencia núm. 41/2006 de 7 de febrero, FJ 2º, comentada por FERNÁNDEZ ARIAS, P., “La delimitación entre el género construcción y la especie edificación. La vocación de permanencia de la construcción: problemática específica de las cabañas de madera o de chapa metálica en suelo rústico con suministros de agua y luz”, p.73.

⁷⁶ SAP de Tenerife (Sección 6ª). Sentencia núm. 289/2010 de 15 de junio.

- 3) *Que tenga una entidad o importancia suficiente para considerar que atenta al bien jurídico.*
- 4) *Que sea una obra permanente o fija al suelo, con vocación de permanencia, no movable ni desmontable fácilmente. Esta sería una de las notas más destacadas, que iría unida a otros datos indiciarios, como pueden ser el tener conexión a infraestructuras (luz, agua, etc.), o que su traslado tenga unos gastos económicos.*

Estas notas se pueden predicar perfectamente también respecto del concepto «construcción», salvo la segunda.

En este caso no sólo existe una definición jurisprudencial, sino que además existe un concepto legal contenido en el art. 2 LOE que no guarda gran semejanza con el ofrecido por los Tribunales. La definición que ofrece este precepto es de mayor amplitud, incluyendo además, art. 2.3 LOE, instalaciones fijas, equipamiento propio y elementos de urbanización vinculados al edificio en cuestión y otros usos más allá del habitacional o de reunión de personas (ver art. 2.1 en sus tres letras).

Por su parte, las obras de urbanización hacen alusión a aquellas actuaciones preparatorias a las construcciones y edificaciones y son prueba de la voluntad del legislador de adelantar la intervención punitiva⁷⁷. Esta tesis queda evidenciada en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 porque se consideró que estas obras pueden causar daños iguales o mayores a las de construcción o edificación y generalmente son la antesala de las mismas⁷⁸. Aquí entran todas aquellas obras como: canalizaciones de luz y agua, alcantarillado, movimientos de tierra, asfaltado, etc. Igualmente, pueden ser obras dirigidas a beneficiar a una colectividad de construcciones o edificaciones o para una sola⁷⁹.

Es también razonable considerar que el legislador no justifica la inclusión de estas obras en el tipo ni si son algo distinto a las de construcción y edificación, por lo que habrá que tener especialmente en consideración lo que interprete la jurisprudencia⁸⁰.

⁷⁷ SÁNCHEZ ROBERT, M^a J., *El delito urbanístico. El artículo 319 del Código Penal español*, p. 123.

⁷⁸ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 213.

⁷⁹ SOUTO GARCÍA, E. M^a, “Los delitos urbanísticos en España: la protección dispensada por el artículo 319 del Código Penal español a la ordenación del territorio”, p. 103

⁸⁰ SOUTO GARCÍA, E. M^a, I. *Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 150.

En cuanto a las obras de construcción *stricto sensu*, éstas incluyen las propias construcciones, edificaciones y obras de urbanización más otras posibles⁸¹, razón por la cual la inclusión de las obras de urbanización no supone ninguna ampliación⁸². Y lo que es más, al equiparar construcciones y edificaciones, la LO 5/2010 da a entender que no es necesaria la alusión a las edificaciones, pues como se ha dicho, son un tipo de construcción⁸³. Así la SAP de Cáceres 518/2015 consideró obra de construcción la instalación de casa prefabricada porque necesitó remoción de tierra, realización de suelo de hormigón y otras obras de albañilería⁸⁴.

En todo caso, DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ entienden que deben incluirse también aquellas obras ejecutadas, total o parcialmente, en el subsuelo y no sólo en la superficie⁸⁵.

1.3 El concepto de “no autorizables”

Esta invocación de la autorización administrativa constituye una relevante modificación ejercida sobre el art. 319.1 con la LO 5/2010. En primer lugar, esta circunstancia, según ACALE SÁNCHEZ, hace bascular el carácter de las construcciones típicas de “no autorizadas” a “no autorizables” y al mismo tiempo se asemeja con ello a los términos utilizados en el 319.2 de “edificaciones no autorizables”, donde no se produjo ninguna alteración. En segundo lugar, considera este cambio un punto de inflexión que ha venido a arrojar luz sobre la confusión reinante sobre esta cuestión por el peso que ha otorgado la jurisprudencia a este problema interpretativo y los perniciosos efectos que han permitido abstraerse de la acción de la justicia a muchos infractores.

Así pues, razona ACALE SÁNCHEZ que la Ley Penal no tiene potestad para tipificar como delito la simple puesta en ejecución de construcciones o edificaciones sin la licencia preceptiva y que, *de facto et de iure*, este terreno ofrece la posibilidad de sanar la infracción con el pago de una sanción por la desobediencia a las normas

⁸¹ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 214.

⁸² ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 215.

⁸³ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 214.

⁸⁴ SAP de Cáceres (Sección 2^a). Sentencia núm. 518/2015 de 26 de noviembre, FJ 3^o.

⁸⁵ DEL ARCO TORRES, M. A. / PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción (Aspectos administrativos, civiles y penales)*, p. 425.

administrativas⁸⁶. Consecuentemente, concluye que, vistas las circunstancias, si ni siquiera el Derecho Administrativo observa la existencia de un ilícito material y sí de uno meramente formal, es de mayor dificultad que el Derecho Penal defienda lo contrario⁸⁷.

En esta tesitura, GÓMEZ RIVERO afirma que el tipo objetivo no sólo abarca los supuestos de “llevar a cabo” sin licencia, sino también los de hacer lo propio una vez denegada la concesión de la misma o si ésta no cumple con la actuación materializada⁸⁸. En aquellos casos en los que las obras realizadas se extralimiten del contenido de la licencia, ACALE SÁNCHEZ distingue entre «*excesos cualitativos y cuantitativos*»⁸⁹. Así pues, son ejemplos de excesos cualitativos las SAP de Soria 114/2011, en la que se concedió licencia para vallado de finca rústica y construcción para caseta de aperos pero se procedió a la construcción de una vivienda unifamiliar⁹⁰, y 111/2011, donde el acusado, con licencia de obra menor para rehabilitar unas dependencias para guarecer al ganado, levantó una nueva edificación con tejado a dos aguas, tres construcciones anexas a falta de techado y un pozo de aguas residuales sin licencia⁹¹.

Asimismo deben tenerse en cuenta aquellos escenarios en los que la concesión queda sujeta al cumplimiento de determinados requisitos no cumplidos, derivando en la caducidad de la licencia obtenida⁹² y, por último, cuando se modifique el planeamiento provocando la revocación de la licencia y se persista en materializar la construcción⁹³. Existen, empero, otras causas como son la obtención de licencia mediante el falseamiento u ocultamiento de datos o hechos y aquellas otras derivadas del acuerdo previo delictivo entre los otorgantes y los solicitantes.

⁸⁶ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 219.

⁸⁷ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p.218.

⁸⁸ GÓMEZ RIVERO, M^a C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 27.

⁸⁹ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Delitos urbanísticos*, ed. Cedecs, Barcelona, 1997, cit., p. 20; *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, pp. 244 y ss., donde confronta los «*excesos cualitativos*» la autora y ciñe la aparición del injusto penal a las construcciones esencialmente distintas a las autorizadas si atacan al bien jurídico tutelado, a los «*cuantitativos*» donde la ilicitud de la obra será la que abarque simple y llanamente el exceso no autorizado, permaneciendo en la legalidad el resto de la obra.

⁹⁰ SAP de Soria (Sección 1^a). Sentencia núm. 114/2011 de 13 de abril, AH 6^o.

⁹¹ SAP de Soria (Sección 1^a). Sentencia núm. 111/2011 de 28 de abril, AH 6^o.

⁹² GÓMEZ RIVERO, M^a C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, p. 28.

⁹³ GÓMEZ RIVERO, M^a C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, p. 28.

Otro rasgo de la licencia es que no se constituye como un poder ilimitado que otorga la Administración⁹⁴ y ésta debe controlar que la materialización de aquella sea conforme a su contenido, pues no hay que olvidar el poder de la autoridad urbanística para ordenar detener incluso aquellas actuaciones que, en un primer momento, se iniciaron cubiertas por una licencia legal pero que revisten anomalías que para su total regularización deben ser anuladas⁹⁵.

En particular ACALE SÁNCHEZ considera que el precepto entraña conductas que se conforman en uno o dos momentos distintos, conllevando preceder, al menos de forma ideal, la autorización obtenida al momento de inicio de la ejecución de las obras. De donde se infiere que, hasta con anterioridad a la reforma, debía entenderse que las construcciones no autorizadas en el 319.1 eran susceptibles de corregir su condición para dejar de ser típicas, pues se podía entender que, aun sin estar autorizadas las obras, éstas podrían ser autorizables con posterioridad y por tanto ser atípicas puesto que ya no lesionarían el bien jurídico amparado⁹⁶.

Como consecuencia, si las normas urbanísticas ofrecen la posibilidad de enmendar la ilegalidad de las obras con la obtención *a posteriori* de la licencia exigida, lo reconozca el CP o no, ha de considerarse esta posibilidad dimanada de la accesoriedad del Derecho Administrativo y la condición de *ultima ratio* de la Ley Penal⁹⁷.

Sin duda, el art. 319.1 es un claro ejemplo de elementos valorativos-normativos en el tipo penal, puesto que no es una ley penal en blanco *stricto sensu*, sino incompleta. Se trata de un elemento valorativo-normativo en forma de accesoriedad de acto, lo cual surge cuando el CP, en este caso por medio del párrafo primero del 319, se remite a un acto administrativo concreto como es la licencia urbanística de obras (acto administrativo reglado). Avanzando en este razonamiento, GÓMEZ RIVERO señala

⁹⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Manual de Derecho urbanístico*, cit., p. 224: «Las licencias y autorizaciones administrativas no son, pues, patentes de corso cuya posesión legitime por sí sola la actuación de su titular, legitimación que sólo se produce en la medida en que tales títulos no estén viciados en sí mismos por su disconformidad con el ordenamiento urbanístico.»

⁹⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Manual de Derecho urbanístico*, cit., p. 217: «La autoridad urbanística puede igualmente proceder a la depuración de las situaciones irregulares que se produzcan aun en el caso de que dichas situaciones estén inicialmente amparadas por una licencia. (...) la regularización definitiva de la situación requiere, lógicamente, la destrucción previa del título jurídico que inicialmente presta cobertura a la misma.»

⁹⁶ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 217.

⁹⁷ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del Territorio y el urbanismo*, p. 217.

esta coordinación de la rama penal y la administrativa como punto de partida de la «*accesoriedad del Derecho administrativo*»⁹⁸. Dogmática y jurisprudencia respaldan esta técnica, prosigue GÓMEZ RIVERO, por dos razones: la primera es que «*dota de agilidad a la regulación penal*»⁹⁹; y la segunda consiste en que avala una mayor seguridad jurídica que la derivada de encajar en el tipo penal los supuestos administrativos puesto que la remisión al ámbito administrativo es básica para la delimitación del tipo¹⁰⁰.

Bien pensado, parece ser que la interpretación idónea, dada la redacción ofrecida por el legislador, es que aquella construcción o edificación que adolezca de forma concluyente de licencia o de licencia en vigor, o carezca también, en su caso, de otras aquellas autorizaciones especiales indispensables en virtud del lugar donde se construye o edifica¹⁰¹ (como muestra: SAP de Cáceres 190/2012, FJ 2º¹⁰²; STS 54/2012¹⁰³) y que en definitiva no es plausible su legalización, si resulta contraria la edificación o construcción a la normativa urbanística. No obstante, no ha de olvidarse que la licencia obtenida en sanatoria o licencia posterior puede tener fuerza destipificadora¹⁰⁴. En todo caso, la tipicidad de estas conductas proviene desde el propio bien jurídico protegido, dejando a un lado la letra del precepto¹⁰⁵.

⁹⁸ GÓMEZ RIVERO, Mª C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, cit., p. 24.

⁹⁹ GÓMEZ RIVERO, Mª C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, cit., p. 25.

¹⁰⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE citado en GÓMEZ RIVERO, Mª C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, cit., p. 25: «Esta práctica excluye las posibilidades motivadoras de la norma penal, genera problemas en la relación Derecho penal-Derecho administrativo y parece llevar a pensar que, más que castigar la lesión al medio ambiente, se responde a la desobediencia a una decisión de la Administración».

¹⁰¹ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 221.

¹⁰² SAP de Cáceres (Sección 2ª). Sentencia núm.: 190/2012, FJ 2º: «Cuando nos encontramos con un terreno que además de tener que adaptarse a las normas del municipio en cuyo término municipal se encuentra, también deben tenerse en cuenta determinadas normas referidas a la situación o zona especial en la que se halla, para poder realizar una construcción en ese terreno concreto es necesario cumplir con los requisitos, tanto municipales como, en este caso, autonómicos al tener encomendada esa administración determinada protección de esas zonas por su especial consideración».

¹⁰³ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm.: 54/2012, FJ 25º: «(...), una simple licencia municipal no es suficiente para alterar o modificar el uso de la finca forestal, pues de conformidad con el artículo 40 de la Ley Forestal el cambio de uso de un terreno necesita informe y autorización del órgano forestal competente; en la misma línea, el artículo 62 de la Ley Forestal de Andalucía 2/1992, 15 de junio, dispone que el cambio de uso de los terrenos forestales para cultivos agrícolas u otros forestales requerirán autorización de la Administración Forestal, con independencia de la titularidad de los terrenos, sin perjuicio de las restantes autorizaciones o licencias requeridas».

¹⁰⁴ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 220.

¹⁰⁵ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 219.

Por todo esto, resulta un acierto que el legislador establezca una equivalencia entre la autorización del párrafo primero y la del párrafo segundo¹⁰⁶ y, a pesar de ello, el vocablo “autorizable” podría interpretarse como una vía de escape a la sanción penal con la posterior concesión de la licencia en aquellos otros delitos donde la autorización es parte integrante de la acción típica¹⁰⁷ así como también resulta un éxito la incorporación con la LO 5/2010 de las obras de urbanización, atípicas con anterioridad¹⁰⁸.

Ahora bien, el principio de ofensividad requiere una interpretación restringida para repeler los incumplimientos administrativos¹⁰⁹, puesto que necesariamente tiene que ser el potencial lesivo del comportamiento el que determine la tipicidad tanto del 319.1 como del 319.2¹¹⁰. Los parámetros manejados por la jurisprudencia que delimitan la tipicidad de las obras de construcción, edificación o urbanización no autorizables son, a tenor de la opinión de NÚÑEZ SÁNCHEZ:

- El carácter de permanencia de la construcción o la edificación. No entendido en el sentido de inamovilidad o inmutabilidad, porque todo edificio es trasladable, sino en el de vocación de permanencia. A lo dicho por NÚÑEZ SÁNCHEZ, sería lógico matizar la voluntad de permanencia más que el carácter de la misma, pues la obra puede tener carácter provisional y el autor voluntad tenga intención de que sea permanente.
- La entidad constructiva, posibilitando excluir de la tipicidad aquellos supuestos absolutamente banales, o de escasa relevancia.
- El hecho de que se trate de obras resultado de técnicas de ingeniería, carpintería, arquitectura o albañilería¹¹¹.

En consonancia con este razonamiento, la SAP de Ourense 325/2012 resolvió que no debe entenderse existencia de delito cuando las obras sean autorizables:

¹⁰⁶ NÚÑEZ SÁNCHEZ, A., “Delitos urbanísticos”. Indica que la razón de la anterior distinción entre “autorizadas” del 319.1 y “no autorizables” del 319.2 residía en que el legislador quería otorgar una mayor protección a los suelos especialmente valiosos del art. 319.1, de ahí que utilizó el concepto de “no autorizadas” para las construcciones que tenían lugar en ellos, mientras que para las edificaciones que se llevaban a cabo en el suelo no urbanizable genérico, empleó el concepto más estricto de “no autorizables”, quizá con vistas a una futura legalización.

¹⁰⁷ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 218.

¹⁰⁸ NÚÑEZ SÁNCHEZ, A., “Delitos urbanísticos”.

¹⁰⁹ GÓMEZ RIVERO, M^a C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, p. 29.

¹¹⁰ NÚÑEZ SÁNCHEZ, A., “Delitos urbanísticos”.

¹¹¹ NÚÑEZ SÁNCHEZ, A., “Delitos urbanísticos”.

(...) la vivienda cuestionada es susceptible de legalización y autorización a posteriori, y en tales supuestos, la conducta descrita es atípica, siguiendo al respecto el sector jurisprudencial que afirma: "la obra en ejecución o ejecutada susceptible de posterior legalización, no puede conceptuarse como delictiva, pues (...) se podría llegar al absurdo de pensar que le puede configurar una conducta penal por la mera falta de requisito administrativo de la obtención de la licencia"(FJ 3º)¹¹².

Dicho brevemente, por “autorizable” ha de entenderse la conformidad con la legalidad presente y futura¹¹³ para formular una interpretación del tipo según dos principios esenciales: intervención penal mínima y el de lesividad del bien jurídico o antijuridicidad material¹¹⁴.

1.3.1 Situación legal de fuera de ordenación

La LOUA reconoce lo que se denomina como “situación legal fuera de ordenación” en su DA 1ª¹¹⁵. Engloba este concepto a todas las construcciones o edificaciones e instalaciones que, en el tiempo de aprobación de los instrumentos de planeamiento o resolución que ponga fin al procedimiento correspondiente, sean contradictorias con los mismos, quedando en la situación legal de fuera de ordenación. El párrafo segundo hace un distingo entre edificaciones, construcciones e instalaciones totalmente incompatibles con la nueva ordenación a las que se aplicará un régimen particular; de las que sólo son parcialmente incompatibles, a las que son autorizables algunas obras de mejora o reforma¹¹⁶ como reflejo del art. 34.1 b) LOUA¹¹⁷. Con la excepción establecida sobre las obras autorizadas excepcionalmente, toda obra será ilegal y nunca incrementarán el valor de las expropiaciones¹¹⁸. La situación de

¹¹² SAP de Ourense (Sección 2ª). Sentencia núm.: 325/2012 de 14 de septiembre.

¹¹³ Nota del autor: El art. 34.1 a) LOUA establece entre los efectos inmediatos de la aprobación de los instrumentos de planeamiento o de la resolución que concluya el procedimiento que «La vinculación de los terrenos, las instalaciones, las construcciones y las edificaciones al destino que resulte de su clasificación y calificación y al régimen urbanístico que consecuentemente les sea de aplicación». El apartado c) obliga a sujetos públicos y privados (cfr. Artículo 34.1 b) LOUA).

¹¹⁴ GÓMEZ RIVERO, Mª C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, p. 30.

¹¹⁵ VALERA ESCOBAR, G., *Régimen Jurídico General de la Licencia Municipal de Obras y Apertura de Establecimiento en Andalucía*, ed. Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2008, p. 139.

¹¹⁶ VALERA ESCOBAR, G., *Régimen Jurídico General de la Licencia Municipal de Obras y Apertura de Establecimiento en Andalucía*, p. 139.

¹¹⁷ VALERA ESCOBAR, G., *Régimen Jurídico General de la Licencia Municipal de Obras y Apertura de Establecimiento en Andalucía*, p. 139.

¹¹⁸ VALERA ESCOBAR, G., *Régimen Jurídico General de la Licencia Municipal de Obras y Apertura de Establecimiento en Andalucía*, p. 139.

“legalidad fuera de ordenación” no conlleva de forma necesaria el derribo ni el cese de toda actividad (que supondría una expropiación sin justo precio) sino congelar un *status quo*, aunque habría posibilidad de aceptar y mantener el deber de urbanización paralelo al de edificación¹¹⁹.

Se debe agregar en este sentido el pronunciamiento de la SAP de Madrid 945/2014¹²⁰, que restringe las posibles obras a las que se realicen con carácter de simple mantenimiento:

(...) los titulares de edificios antiguos fuera de ordenación (...) solo pueden conservar pura y simplemente sus inmuebles o viviendas, pero queda prohibido cualquier obra de ampliación, rehabilitación, mejora o reconstrucción, precisamente porque la voluntad del planeamiento es que estos edificios fuera de ordenación, una vez acabada su vida, dejen paso a la restauración del medio natural, ajustándose finalmente a las previsiones del planeamiento urbanístico.

En cambio, las constantes obras de rehabilitación, ampliación o de nueva edificación sobre la anterior lo que hace es perpetuar la realidad física fuera de ordenación, con nuevas construcciones ilícitas.

Esta figura es razonable y responde a los principios de aplicar la norma más favorable, de la ley previa y de la irretroactividad de la ley. Estos principios justifican y amparan su existencia, pues si nacieron legales y devinieron contrarias a la ordenación urbanística por cambios normativos posteriores, será justo que se permita su pervivencia en una excepción lógica como lógico es no permitir las actuaciones que aumenten su valor, extensión, volumen o altura porque sería un beneficio contrario a la razón de las propias normas urbanísticas y al sentido común.

1.4 Objeto material de protección

1.4.1 Del 319.1

Se trata aquí de una división que distingue claramente el 319.2 del 319.1¹²¹, siendo ya la única diferenciación entre ambos párrafos¹²². El 319.1 tiene su objeto

¹¹⁹ VERA ESCOBAR, G., *Régimen Jurídico General de la Licencia Municipal de Obras y Apertura de Establecimiento en Andalucía*, p. 140.

¹²⁰ SAP de Madrid (Sección 15ª). Sentencia núm. 945/2014 de 9 de diciembre, FJ 1º.

¹²¹ SOUTO GARCÍA, E. Mª, I. “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, p. 148

material en los suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección; mientras tanto, en el 319.2 es el suelo no urbanizable, con el que se engloban todas aquellas situaciones no especificadas en las que no sea legal o aconsejable urbanizar, construir o edificar.

Los conceptos referidos al objeto material de protección se delimitan, sólo en parte, en base a la normativa administrativa: para los lugares de reconocido valor paisajístico o ecológico, debe acudir a la LPNB, la LPHE y RDLTRLA (ver arts. 1 y 2 del dominio público hidráulico). Para suelos destinados a viales, zonas verdes y bienes de dominio público los conceptos son formulados principalmente por la legislación autonómica, quedando la legislación estatal preconstitucional como supletoria tanto para zonas verdes como viales¹²³.

La inclusión de estos suelos en el 319.1 quedó justificada en la tramitación parlamentaria del CP de 1995 en el sentido de que son: *«aquellos suelos que un Plan General o un Plan Parcial (...) están destinados ya a ser vial o suelo verde y no es posible construir en ellos. No está todavía configurado a nivel de hecho, sino exclusivamente a nivel normativo y, sin embargo, es conocido por la opinión pública»*¹²⁴. Surge entonces la siguiente dicotomía: de estar este suelo ya proyectado como vial o zona verde en el PGOU, pero no adquirido previamente para ello por el Ayuntamiento, es un elemento típico; si ya se encuentra apropiado, pero sin estar previsto su uso, pasaría al dominio público en virtud de los arts. 339 y 340 CC¹²⁵.

¹²² ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 230.

¹²³ DE ALFONSO LASO, D., “Cuestiones prácticas en el orden penal sobre los delitos contra la ordenación del territorio”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, (26), 2011, p. 89-101, p. 95. Disponible: http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/999/qdl26_08_alfonso.pdf?sequence=1 (Consultado: 06/03/2015).

¹²⁴ *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, 6 de junio de 1995 (512), cit., p. 15609, comentado por ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 231.

¹²⁵ Véase STS (Sala de lo Penal, Sección 1^a). Sentencia núm.: 1067/2006 de 16 de octubre; por la doctrina PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo III. Bienes públicos. Derecho urbanístico*, cit. pp. 38 y ss., por ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 231, nota 505.

Suelo destinado a viales es el conformado por aquella porción de terreno o finca que debe cederse a la Administración para emplazamiento de vía pública¹²⁶. Al mismo tiempo, suelos destinados a zonas verdes pueden ser aquellos espacios pertenecientes al dominio público por sus funciones de: «*parques y jardines, terrenos de reposo ambiental, recreo, deporte, ocio en general y las dotaciones y equipamientos correspondientes a los mismos*»¹²⁷ con más o menos vegetación¹²⁸, quedando excluidos los terrenos residuales entre edificaciones o construcciones por no estar previstos como zonas verdes en la planificación ni tener función dotacional¹²⁹. Desde 1995 estos espacios añaden a la protección administrativa la penal¹³⁰.

Como suelos de dominio público hay que reseñar la fricción existente con los suelos destinados a viales, pues el CC entiende como dominio público los caminos en su art. 339 y la LVP las vías pecuarias según su art. 2¹³¹. Al mismo tiempo son bienes de dominio público estatal los determinados por Ley y el art. 132.2 CE. Estos bienes son propiedad de entes públicos y se destinan o afectan a uso o servicio público, siendo su regulación por leyes sectoriales¹³². A su vez, se dividen en dos grandes grupos: «*demanio natural*» y «*demanio artificial*», siendo del primer grupo las costas, aguas, espacios naturales, etc., y carreteras, edificios públicos, etc., los del segundo¹³³.

Incluir los bienes de dominio público podría llevar a una reiteración, sin embargo lo que ocurre es que se presenta el número primero como un instrumento de protección para abarcar viales, zonas verdes y aquellos otros lugares con valor

¹²⁶ BLANCO LOZANO, C., *El delito urbanístico*, ed. Montecorvo, Madrid, 2001, p. 115 y 116, seguido por SÁNCHEZ ROBERT, M^a J., *El delito urbanístico. El artículo 319 del Código Penal español*, p. 224.

¹²⁷ LASO MARTÍNEZ, J. L., *Urbanismo y medio ambiente en el nuevo Código Penal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, cit. p. 57; GORRIZ ROYO, E., *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio stricto sensu del artículo 319 del Código Penal*, cit. p. 952; seguidos por SÁNCHEZ ROBERT, M^a J., *El delito urbanístico. El artículo 319 del Código Penal español*, cit., p. 224.

¹²⁸ DE VEGA RUIZ, J. A., *Delitos contra medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código Penal de 1995*, ed. Colex, Madrid, 1996, p. 116.

¹²⁹ SÁNCHEZ ROBERT, M^a J., *El delito urbanístico. El artículo 319 del Código Penal español*, p. 224.

¹³⁰ DE VEGA RUIZ, J. A., *Delitos contra medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código Penal de 1995*, p. 116.

¹³¹ Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias comentada por DE VEGA RUIZ, J. A., *Delitos contra medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código Penal de 1995*, p. 116.

¹³² ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 232 y 233.

¹³³ PAREJO ALONSO, L., JIMÉNEZ BLANCO, A., y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 527., seguidos por ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, cit. p. 233.

ecológico, paisajístico, histórico, artístico o cultural tengan o no reconocido administrativamente su valor¹³⁴ sean o no de dominio público.

1.4.2 Del 319.2

La LOUA en su art. 44 califica los suelos en virtud de usos actuales o previstos en “suelo urbano consolidado” o “no consolidado”, “urbanizable” y “no urbanizable”. Éste último es resultado de una especial custodia por legislación específica o por otra planificación territorial, así de carácter natural o rural¹³⁵. Por su parte, los dos primeros a consecuencia de su calificación como tales, tendrán uso residencial, turístico, industrial, terciario, dotacional, zonas verdes, etc.¹³⁶.

Sin embargo, el RDLTRLS de 2008 no siguió esta clasificación, por lo que no incluía en sus tipos de suelo el “no urbanizable”. Es una paradoja que, habiéndose tramitado, aprobado y entrado en vigor la Ley 8/2007 de 28 de mayo del suelo, paralelamente al CP, éste no haga uso del “suelo rural”¹³⁷.

Por su parte, el RDLTRLSRU, mantiene esas dos situaciones básicas en las que puede encontrarse el suelo. Éste texto, en vigor desde el 31 de octubre de 2015, ha sido junto a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, otra oportunidad para igualar los conceptos penales y administrativos, pero no ha sido así, con lo cual cobra mayor fuerza la idea de que los suelos del art. 319 son conceptos penales.

El concepto de suelo rural, más que una calificación urbanística del suelo, es el marco de lo que las CC. AA deben entender como tal, a pesar de que las mismas utilicen nomenclaturas distintas para los tipos de suelo¹³⁸.

Dicho esto, la idea que surge es que, ausente un concepto administrativo estatal de suelo no urbanizable, queda entonces un concepto penal autónomo que busca amparar aquellos suelos protegidos del desarrollo urbanístico, incluso aquellos denominados de forma distinta, pero tutelados de igual manera por las normas urbanísticas¹³⁹. Se puede justificar la permanencia del concepto de suelo no urbanizable

¹³⁴ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 234.

¹³⁵ JURADO ALMONTE, J. M., “Ordenación del Territorio y Urbanismo: conflictos y oportunidades”, p. 63.

¹³⁶ JURADO ALMONTE, J. M., “Ordenación del Territorio y Urbanismo: conflictos y oportunidades”, p. 63.

¹³⁷ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 239.

¹³⁸ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 239.

¹³⁹ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 239.

en el ámbito penal porque quizás *«logra, además, atender a un concepto más material de este tipo de suelo, desprovisto de formalismos que puedan entorpecer su efectiva protección penal»*¹⁴⁰. Hay que recordar la idea ya expuesta de que esta categoría de suelo es de una amplitud tal que se ha concebido para abarcar todo suelo que, sea por la circunstancia que sea, no sea posible su urbanización y por ello se ha deslindado de todo concepto administrativo, siendo un concepto genuino del ámbito penal. Conforme a esta proposición, sería deseable también apostar por la intención de proteger aquellos suelos que, sometidos a una ordenación ilícita, no vean reconocido su status por la misma y necesiten de la protección penal.

2. Sujetos activos: *“promotores, constructores o técnicos directores”*

Antes de examinar en profundidad a los posibles sujetos, hay que situarse en el plano en el que actúan. Las tres esferas no resultan excluyentes entre sí: todas pueden concurrir en el mismo sujeto¹⁴¹ y así lo apreció la SAP de Cáceres 486/2015¹⁴² cuando valoró que el mismo sujeto era promotor y constructor por encargarse de realizar los trámites administrativos y realizar materialmente la construcción. Visto desde este prisma, es un contexto idóneo para una verdadera coautoría y no tratarse de una simple participación¹⁴³. De nuevo, se trata de conceptos que surgieron del Derecho Administrativo, pero que se han ido segregando del mismo para adaptarse por medio de la casuística a lo que exige la realidad de estos delitos.

El legislador con la reforma de 2010 enumera estas tres posibles categorías para identificar mejor, y a la postre restringir, los posibles sujetos implicados¹⁴⁴.

Con anterioridad a la entrada en vigor del CP de 1995 había sido la jurisprudencia quien, usando la casuística, fue dando forma a estos conceptos en virtud

¹⁴⁰ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas*, ed. Grupo de Estudios de Política Criminal, Málaga, 2010, cit. p. 31, seguido por ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 239.

¹⁴¹ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, cit., p. 199.

¹⁴² SAP de Cáceres (Sección 2ª), Sentencia núm. 486/2015 de 5 de noviembre, FJ 2º.

¹⁴³ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 199.

¹⁴⁴ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 199.

de: «*las actividades materiales y de las funciones que dichos personajes asumen en la construcción y promoción urbanística*»¹⁴⁵.

También, especialmente en un primer momento, se discutía si se estaba ante delitos especiales o comunes. En caso de seguir la primera tendencia, se limitaría de forma muy notable el ámbito de aplicación de este delito¹⁴⁶ y además se ahorraría la doctrina y la jurisprudencia un importante esfuerzo hermenéutico e interpretativo. Sin embargo, ni esta opción parece la correcta ni es tan fácil zanjar la discusión.

En particular, este elemento en el delito tipificado en el art. 319, cometido por particulares profesionales o no, es el que entraña más posibilidades de abrir un debate. En este aspecto, QUINTERO OLIVARES¹⁴⁷ justifica la inclusión de estas categorías en un delito especial en vistas a que los tres sujetos actúan de acuerdo con una profesión y las mismas se convierten en elemento normativo del tipo.

Ahora bien, este razonamiento no resulta del todo correcto, pues es evidente que un particular no tiene por qué actuar en el marco de actividad de una promotora, por ejemplo, para promover, valga la redundancia, unas obras de construcción o edificación. Todavía más, atendiendo a nuestro ET¹⁴⁸, legalmente es posible el trabajo en sede de buena vecindad, benevolencia o amistad, es decir, sin contrato ni retribución, lo cual no hace más que arrojar dudas sobre si se encauzan debidamente estos conceptos por la doctrina y la justicia a pesar de la simplicidad que a veces se piensa que conlleva su conceptualización. Por tanto, no parece un planteamiento adecuado teniendo en cuenta que volvería a surgir un nuevo problema interpretativo. La SAP de Islas Baleares 257/2015 avala esta postura cuando es un matrimonio, sin intervención de profesional y con ayuda de dos familiares, quien realiza las labores de construcción¹⁴⁹.

¹⁴⁵ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, cit., p. 199.

¹⁴⁶ LÓPEZ RODRÍGUEZ, P., *Medio Ambiente, Territorio, Urbanismo y Derecho Penal*, ed. Bosch, Barcelona, 2007, p. 99.

¹⁴⁷ QUINTERO OLIVARES, G., “Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio”, en PICO LORENZO, C. (Dir.) *Cuadernos de derecho judicial*, Núm. 11, 1997, pp. 349-380, seguido por LÓPEZ RODRÍGUEZ, P., *Medio ambiente, territorio, urbanismo y Derecho Penal*, p. 100.

¹⁴⁸ Según el art. 1.3 d) y e) del ET, quedan fuera de la aplicación del Estatuto: « d) *Los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad*» y «e) *Los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción*».

¹⁴⁹ Véase SAP de Islas Baleares (Sección 2^a), Sentencia núm. 257/2015 de 7 de octubre, (FJ 3^o).

En contraste con QUINTERO OLIVARES se muestra LÓPEZ RODRÍGUEZ¹⁵⁰ al afirmar que no comparte estas limitaciones, especialmente en cuanto a los promotores, pero añade que no deberían sufrir las mismas consecuencias penales los profesionales que los no profesionales y que: «no debe derivarse la incorrecta conclusión de que todos son necesariamente autores o partícipes y de que todos lo son en el mismo grado, entre otras cosas, porque el poder de decisión y la responsabilidad profesional de cada uno es diferente»¹⁵¹. A este respecto, se analizará la cuestión en sede de las consecuencias jurídicas del art. 319.

Todo esto parece confirmar que no es del todo adecuado que el elenco de los sujetos activos se conforme escogiendo a los profesionales de la construcción, a pesar de su incuestionable aptitud para lesionar al bien jurídico por los medios materiales y económicos con los que están provistos¹⁵², motivo por el cual se aplican las penas de inhabilitación especial y la multa proporcional. Igualmente el ánimo de lucro tampoco se puede considerar decisivo para atribuir responsabilidad penal, pues no hay que olvidar que la obra se puede realizar para uso y disfrute propio, no para transmitirla de forma alguna a un tercero. Este supuesto requisito resulta accesorio pues no tiene valor aunque el particular sea profesional de la construcción.

A continuación se abre una separación de estas tres categorías para analizar cada una de ellas, a fin de un mejor entendimiento, siguiendo el mismo orden que presenta el art. 319.

2.1 Promotores

En principio parece clara la postura del Tribunal Supremo y se acepta como adecuada, ejemplificada en la STS1250/2006¹⁵³ cuando se inclinó por afirmar que se

¹⁵⁰ LÓPEZ RODRÍGUEZ, P., *Medio ambiente, territorio, urbanismo y Derecho Penal*, p. 101.

¹⁵¹ LÓPEZ RODRÍGUEZ, P.: *Medio ambiente, territorio, urbanismo y Derecho Penal*, cit. p. 100.

¹⁵² POZUELO PÉREZ, L.: “La respuesta penal a la delincuencia urbanística”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 12, 2008, pp. 71-98, cit., p. 75. Disponible: https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/12/071_098%20Laura%20Pozuelo.pdf (Consultado: 25/09/2015).

¹⁵³ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 1250/2006 de 26 de junio, FJ 3º: « (...) será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente decide, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título, sin exigencia de titulación alguna (...)», citada por MARTÍN IZQUIERDO, P., “Intervención mínima y protección penal de la Ordenación del Territorio. Limite a su recurrente invocación” en *Encuentro de magistrados de los órdenes jurisdiccionales penal y contencioso-administrativo con fiscales adscritos de forma más permanente a los asuntos de cada una de estas jurisdicciones*, celebrado por Foro de

engloba en el concepto de promotor tanto personas físicas como jurídicas, de naturaleza pública o privada, profesionales o no; que actúe a título individual o de forma colectiva; que promueva o inicie las obras así como que sea la persona sobre quien recaer la obligación de solicitar licencia; que las financie con capital propio o ajeno; que invierta en las obras que tengan como destino su propio patrimonio o su transferencia a terceros por medio de cualquier título de transmisión; y a quien no se le exige para ejercicio de la actividad habilitación profesional alguna.

Pues bien, esta aclaración que ofrece la Sala Segunda del Tribunal Supremo, es la que propone la LOE en su art. 9.1 y 2 en iguales términos.

En el párrafo segundo del art. 9 LOE pueden advertirse otras facetas del promotor, en este caso obligaciones, de especial relevancia a la hora de depurar responsabilidades. En dicho párrafo existen cinco obligaciones, pero aquí interesan particularmente las tres primeras:

- a) Ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir en él.*
- b) Facilitar la documentación e información previa necesaria para la redacción del proyecto, así como autorizar al director de obra las posteriores modificaciones del mismo.*
- c) Gestionar y obtener las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas, así como suscribir el acta de recepción de la obra.*

Con esta definición es promotor el sujeto al que se vincula el carácter económico de las obras¹⁵⁴. Tal carácter ya quedó insinuado con Ley 57/1968 de 27 de julio sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas¹⁵⁵ en su art. 1: «Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas (...)». En vista de lo cual, será a quien corresponda financiar u obtener financiación así como la posible (no necesaria) comercialización posterior de lo construido o edificado.

Formación y Estudios medioambientales del Poder Judicial en la Comunidad Autónoma de Andalucía, 14 y 15 de diciembre de 2007 sin editar, Sevilla, pp. 152-202. Disponible: www.juntadeandalucia.es/.../formacion_juecesEncuaMedAmbSev.doc (Consultado: 25/09/2015).

¹⁵⁴ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: *Medio ambiente, territorio, urbanismo y derecho penal*, p. 102.

¹⁵⁵ Comentada por RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: *Medio ambiente, territorio, urbanismo y derecho penal*, p. 102.

Asimismo, el promotor no tiene por qué confundirse con el propietario del suelo, pues generalmente puede no serlo¹⁵⁶ y así ocurre en la SAP de Islas Baleares 257/2015.

Con la entrada en vigor de la LOE se confirmó, según MARTÍN IZQUIERDO, que las Audiencias Provinciales dieran por finalizada esta controversia con la definición ofrecida por esta ley, aunque a pesar de ello se sigue alegando en los escritos de defensa que se trataba de delitos especiales en los que sólo tendrían cabida profesionales de la construcción¹⁵⁷.

No obstante, SÁNCHEZ ROBERT señala que, igualmente, se ha seguido con la tendencia de considerar que promotor y constructor son sujetos cualificados a todos los efectos según la STS 1127/2009 de 27 de noviembre¹⁵⁸. Sin embargo, en base a la lectura del FJ 3º de esta sentencia se puede apreciar que no se muestra contradictoria a otras resoluciones como la STS 1250/2006.

En efecto, la STS 1127/2009, con la que aquí se comparte opinión, desarbola este argumento de la especialidad del delito en dos momentos diferenciados: primero, desacreditando la condición de persona no cualificada, y por tanto ignorante y con menor responsabilidad criminal del acusado por pertenecer a la corporación local¹⁵⁹; segundo, cuando citando dos sentencias previas de la propia Sala Segunda en las que atribuye al concepto de promotor la cualidad de ser tomado del lenguaje común y no de ninguna jerga profesional que lo convierta en un concepto técnico¹⁶⁰.

¹⁵⁶ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: *Medio ambiente, territorio, urbanismo y derecho penal*, p. 102.

¹⁵⁷ MARTÍN IZQUIERDO, P.: "Intervención mínima y protección penal de la Ordenación del Territorio. Límite a su recurrente invocación", cit., p. 116.

¹⁵⁸ SÁNCHEZ ROBERT, Mª J.: *El delito urbanístico. El artículo 319 del Código Penal español*. Tesis doctoral, ed. Universidad de Granada, Granada, 2012, p.151. Disponible: <http://hera.ugr.es/tesisugr/20981193.pdf> (Consultado: 25/09/2015).

¹⁵⁹ STS (Sala Segunda, Sección 1ª), Sentencia de 27 de noviembre de 2009, núm. 1127/2009.

¹⁶⁰ STS (Sala Segunda, Sección 1ª), Sentencia de 27 de noviembre de 2009, núm. 1127/2009, FJ 3º: «Sin necesidad de aseverar que la jurisprudencia tenga una fuerza vinculante más que leve, no cabe, atendida la solidez de los razonamientos, despreciar la doctrina consolidada de esta Sala acerca de la cuestión que nos ocupa.

Así la sentencia del 14/5/2003, citando la del 26.6.2001, señala que la legislación se limita a tomar la figura del "promotor" de la realidad preexistente; no se trata de un vocablo técnico, sino que pertenece al lenguaje corriente, de manera que, en el ámbito del art. 319.2 (igualmente cabe decir en el campo del art. 319.1) "será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, obras de edificación para sí o para su posterior enajenación".»

Para mayor abundamiento en el mismo sentido, puede acudirse a las SSTS 675/2014¹⁶¹ y 816/2014¹⁶² que también deniegan la cualidad de especialidad respecto a los sujetos promotores y reafirman su carácter de concepto descriptivo y no jurídico, corriente con la que se comparte criterio.

2.2 Constructores

El constructor es quien lleva a cabo, como persona física o jurídica, de forma individual o colectiva, para sí o para terceros, los trabajos de construcción, urbanización o edificación. Además, se considera como tal quien se haga responsable de la ejecución del proyecto en cuestión¹⁶³.

Ha de decirse que tampoco al constructor se le tiene que exigir ningún título habilitante para poder dedicarse al a construcción¹⁶⁴. En sentido contrario se muestran DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ¹⁶⁵, especificando además que su actuación en la obra se sujeta al proyecto, salvo en aquello que tenga como perjudicial o ilegal en virtud de su ocupación como constructor.

Por su parte RODRÍGUEZ LÓPEZ precisa el concepto de constructor añadiendo que, en la generalidad de casos y no siempre, se halla vinculado al promotor por un contrato de arrendamiento de obra¹⁶⁶. No obstante, puede confundirse con el propio promotor en referencia a la combinación posible entre las tres categorías que indica

¹⁶¹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 676/2014 de 15 de octubre. FJ 9º: «*De un lado se alude a un debate ya superado: qué ha de entenderse por promotora los efectos del art. 319. La jurisprudencia ha dejado claro que no estamos ante un concepto ligado a categorías profesionales sino ante una noción material que no es vicaria de categorías civiles o administrativas (más allá de que en la actualidad ese concepto pueda coincidir con la definición del art. 9 de la Ley de Ordenación de la Edificación): STS de 26 de junio de 2001. Promotor es quien organiza la construcción e impulsa y encarga el proyecto, con independencia de que lo haga como profesional de la construcción no como particular. Un entendimiento diferente, además, arrastraría a un problema exegético no menor: las diferencias en la conceptualización de lo que ha de entenderse por "promotor" en los ordenamientos autonómicos.*»

¹⁶² STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 816/2014 de 24 de noviembre. Con distintos argumentos y mayor extensión, pero en el mismo sentido, FJ 9º.

¹⁶³ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p.202.

¹⁶⁴ SAP de León (Sección 2ª). Sentencia núm. 15/2001 de 13 de diciembre, FJ 3º: «*En definitiva, el Código Penal no exige que el agente sea profesional de la construcción, bastando que el hecho se ejecute por personas que de hecho realicen las funciones propias de promoción o construcción, pues en caso contrario no se estaría tutelando el bien jurídico protegido cual es la ordenación del territorio, frente a los ataques de un promotor o constructor no profesional, y se podrían cometer los mayores atropellos contra la ordenación del territorio, lo que no sería acorde con lo pretendido por el legislador.*», comentada por RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente, territorio, urbanismo y derecho penal*, p. 103.

¹⁶⁵ DEL ARCO TORRES, M. A. / PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción (Aspectos administrativos, civiles y penales)*, ed. Comares, Granada, 1997, p.119 y 120.

¹⁶⁶ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente, territorio, urbanismo y derecho penal*, p. 104.

ACALE SÁNCHEZ. En otras palabras: «*el promotor constructor será aquél que por su cuenta y en su beneficio realiza la obra.*»¹⁶⁷

Otra nota distintiva traída a colación por RODRÍGUEZ LÓPEZ es la “*profesionalidad*”, a la que alude por tener cierto protagonismo en el ámbito de la jurisprudencia penal¹⁶⁸. Con ello se incluye a quien se dedique profesionalmente a la construcción, no a quien lo haga esporádicamente o como acto aislado¹⁶⁹. De todas formas, esta comprensión de la profesionalidad se antoja incompleta, pues no es muy difícil llegar a la conclusión de que el particular se dedique a la construcción en momentos distintos respecto de su verdadera ocupación profesional o, como otro ejemplo más esclarecedor, queda el caso de un constructor jubilado que actúe para sí o para terceros en condiciones de trabajo de buena vecindad o de amistad o razones familiares sin recibir retribución alguna o que se dedique a obtener ingresos de otra actividad de la que se mantenga económicamente y sea distinta a la construcción. No se entiende que la doctrina no se detenga siquiera a considerar la posibilidad cuando, de producirse, da fácilmente al traste con la idea de que exista profesionalidad alguna en tanto en cuanto no es subsumible, como se ha dicho con los promotores, en el ET. En definitiva, no termina de convencer este argumento por su falta de flexibilidad y adaptabilidad a las circunstancias personales del sujeto y porque dejaría en la impunidad delitos flagrantes por una exigencia sin peso decisivo.

Otras opiniones optan por clasificar como constructor al sujeto en función de las actividades y competencias que tenga en la ejecución de la obra para adaptar el concepto al caso concreto¹⁷⁰. Sin embargo, esta misma teoría ofrece la laguna de generar un concepto demasiado amplio¹⁷¹, pero al mismo tiempo, no obsta para cuestionar la verdadera consecuencia de restringir forzosamente el elenco de personas

¹⁶⁷ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente, territorio, urbanismo y derecho penal*, p. 104.

¹⁶⁸ SAP de Valladolid 1255/1998 de 1 de diciembre y SAP de Palencia 63/1998 de 13 de julio, comentadas por RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente, territorio, urbanismo y derecho penal*, p. 104.

¹⁶⁹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente, territorio, urbanismo y derecho penal*, p. 104.

¹⁷⁰ ROMÁN GARCÍA, F., “Delitos sobre la Ordenación del Territorio”, en *Derecho Penal Administrativo, Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente*, Granada, 1997, cit., p. 60, seguido por RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente, territorio, urbanismo y derecho penal*, p. 104.

¹⁷¹ BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Los delitos urbanísticos*, p. 116, nota 326, seguido por ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p.202 y 203.

encuadrables en la denominación de constructor¹⁷², consecuencia que no es otra que la de amedrentar ante la acción punitiva del Derecho Penal¹⁷³. En esta misma inclinación por acotar más la categoría de constructor se sitúan la SAP de Cádiz 214/2009¹⁷⁴ y SAP de Cáceres 66/2009¹⁷⁵.

2.3 Técnicos directores

El sujeto más complejo de los tres aquí analizados y el que da pie con más vehemencia a pensar en delitos especiales y así lo recuerda SOUTO GARCÍA¹⁷⁶.

Empero, parece existir una conciencia colectiva en doctrina y jurisprudencia a la hora de conceptualizar a los técnicos directores, al abarcar en una especie de *numerus clausus* solamente a los profesionales técnicos de la construcción divididos en: arquitectos e ingenieros superiores; y aquellos titulados inferiores de las mismas áreas¹⁷⁷ (como pueden ser aparejadores o delineantes). La polémica reside en dilucidar quién puede ser director de la obra¹⁷⁸, si caben directores *de facto* no cualificados o sólo es posible aceptar a quien esté debidamente cualificado aunque *de facto* no dirija las obras.

Así, por ejemplo, llama la atención el concepto de “*director de obra*” contenido en el art. 12.1 LOE, cuando después de definirlo como el: «*agente que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto*», permite en el 12.2 que otros técnicos distintos de este primero puedan conducir las obras de los proyectos parciales bajo la dirección de aquél confirmando esta primera duda de gran calado.

¹⁷² MATELLANES RODRÍGUEZ, N., “Algunas notas sobre la dificultad de demarcar un espacio de tutela penal para la ordenación del territorio”, en *Revista Penal* (8), 2001, pp. 60-70. Disponible: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/115/110> (Consultado: 26/09/2015).

¹⁷³ MATELLANES RODRÍGUEZ, N., “Algunas notas sobre la dificultad de demarcar un espacio de tutela penal para la ordenación del territorio”, cit. p. 66.

¹⁷⁴ SAP de Cádiz (Sección 1ª), Sentencia núm. 214/2009 de 27 de mayo, FJ 1º y 2º.

¹⁷⁵ SAP de Cáceres (Sección 2ª), Sentencia núm. 66/2009 de 20 de marzo, FJ 2º.

¹⁷⁶ SOUTO GARCÍA, E. Mª, “Los delitos urbanísticos en España: la protección dispensada por el artículo 319 del Código Penal español a la ordenación del territorio”, en *Derecho Penal y Criminología*, XXXII (92), 2011, pp. 85-113, p. 101. Disponible: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/2962> (Consultado: 26/09/2015).

¹⁷⁷ MARTÍN HERNÁNDEZ, P., “Las personas responsables de las infracciones urbanísticas”, en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, (81), 1983, pp. 97-116, p. 105, seguido por ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Delitos urbanísticos*, p. 293.

¹⁷⁸ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Delitos urbanísticos*, p. 293.

Del mismo modo, resulta de gran interés la lectura del 12.3 a), cuando entre las obligaciones del director de obra determina la de «*Estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, según corresponda y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. En caso de personas jurídicas, designar al técnico director de obra que tenga la titulación profesional habilitante*».

A pesar de todo, la SAP de Almería de 20 de mayo de 2011, condenó como partícipe a una ingeniera agrónoma por haber diseñado los planos de una vivienda ilegal a petición de su amiga, conocedora *ab initio* de la ilegalidad de las obras, razón por la cual no acudió a un arquitecto (véase STS 196/2012). Similarmente RODRÍGUEZ LÓPEZ expone que: «*una ilegítima arrogación de funciones en algún caso, si materialmente cumplen tales funciones*¹⁷⁹» no desvirtúa la antijuridicidad del comportamiento. Incluso en todo caso, apuntando ACALE SÁNCHEZ en la misma dirección, «*será secundario que el técnico que actúe se extralimite en sus funciones*»¹⁸⁰, lo cual por otro lado, puede generar otras responsabilidades penales por intrusismo profesional¹⁸¹.

Al hilo con este parecer, conviene citar el art. 2.1 a) y 2.2 de la Ley 1 de abril de 1986¹⁸² donde se les reserva la facultad de firmar proyectos y redactarlos a condición de que:

(...) tengan por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación, demolición, fabricación, instalación, montaje o explotación de bienes muebles o inmuebles en sus respectivos casos, tanto con carácter principal como accesorio, siempre que queden comprendidos por su naturaleza y características en la técnica propia de cada titulación.

Más escueto por su parte, es el art. 13.1 LOE, al tratar el “*director de ejecución de la obra*” como:

¹⁷⁹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente, territorio, urbanismo y derecho penal*, cit. p. 105.

¹⁸⁰ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Delitos urbanísticos*, cit. p. 294.

¹⁸¹ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Delitos urbanísticos*, p. 294.

¹⁸² Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de las atribuciones profesionales de los Arquitectos e Ingenieros técnicos, comentada por MARTÍN HERNÁNDEZ, P., “Las personas responsables de las infracciones urbanísticas”, p. 105, seguido por ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Delitos urbanísticos*, p. 293.

«El director de la ejecución de la obra es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado».

No obstante, el sentido del 13.2 a) es idéntico en extensión al del 12.2 a):

«Estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. En caso de personas jurídicas, designar al técnico director de la ejecución de la obra que tenga la titulación profesional habilitante».

Para terminar, el único supuesto que podría generar dudas es el de quien ocasionalmente proyecta o dirige la actividad constructiva, pero se funda su irrelevancia en la escasez de casos y las dificultades de que los mismos se materialicen¹⁸³.

En definitiva, de nuevo el CP hace uso de sus propios conceptos y en este caso la conclusión obtenida es que el técnico director de la normativa administrativa no es el mismo de la penal, pues en sede de este delito basta, esté o no habilitado, que realice la labor de someter la obra a su dirección, sin perjuicio de otras responsabilidades penales, civiles o administrativas.

III. TIPO SUBJETIVO

1. El dolo

En puridad, las conductas tipificadas en el 319 son dolosas, a pesar de que esta naturaleza no se deduzca de la redacción del tipo, sino más bien de la materialización en el plano práctico de estas conductas¹⁸⁴. ACALE SÁNCHEZ tiene especialmente en cuenta que los sujetos implicados suelen seguir criterios concretos y específicos como son: el valor del suelo, cargas impositivas a soportar, la posterior planificación urbanística, etc.¹⁸⁵, y otros menos materialistas como el marco paisajístico. Este tipo de criterios, en general de índole económica y especulativa, son los que llevan a

¹⁸³ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente, territorio, urbanismo y derecho penal*, p. 105 y 106.

¹⁸⁴ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 241.

¹⁸⁵ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p.241.

pronunciarse al TS sobre la concomitancia de dolo directo de primer grado en base a pruebas indiciarias¹⁸⁶.

No obstante, si se centra la atención en el dolo, cabe afirmar que las conductas del art. 319.1 y 2 serán propias del dolo de segundo grado por no querer, normalmente, construir de forma ilícita para lesionar el bien jurídico sin más, puesto que son otras las motivaciones que se persiguen¹⁸⁷. Así lo entendió también la SAP de Ciudad Real 124/2015 al considerar que cabe dolo directo y eventual¹⁸⁸.

En último lugar respecto al dolo, estos delitos no exigen elemento subjetivo especial alguno, razón por la cual el legislador omite el ánimo de lucro como elemento especial distinto al dolo¹⁸⁹.

2. El error

La existencia de error de prohibición o de tipo no es objeto de opinión unificada. Son, en este tipo de infracciones, un elemento muy recurrente por los particulares (también por funcionarios y autoridades) a la hora de defender su inocencia. Se podría decir que es un mecanismo muy arraigado el hecho de esgrimir ante el Tribunal que no se conocía la ilicitud del hecho en tanto no se tenía conocimiento de la naturaleza del suelo o del indispensable requisito de contar con licencia en vigor coherente con las obras realizadas. Se debe agregar que esta inclinación es, posiblemente, debida a la percepción que la sociedad tiene de los delitos urbanísticos como de menor relevancia y más disculpables frente a otros tipos más tradicionales censurados por el control social¹⁹⁰.

Uno de los principales obstáculos de los Tribunales es el que supone probar la existencia de error, para lo que sólo podrán valerse, casi en exclusiva, de indicios¹⁹¹. No se referirá este apartado al error atribuible a los técnicos directores pues resulta que de

¹⁸⁶ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 335/2009 de 6 de abril, FJ 4º.

¹⁸⁷ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 242.

¹⁸⁸ SAP de Ciudad Real (Sección 2ª). Sentencia núm. 124/2015 de 12 de noviembre.

¹⁸⁹ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 243.

¹⁹⁰ RUFINO RUS, J., “Error de tipo y de prohibición a propósito de los elementos normativos del tipo” en *Encuentro de Magistrados de los Órdenes Jurisdiccionales Penal y Contencioso-Administrativo con Fiscales Adscritos de Forma Más Permanente a los Asuntos de cada una de estas Jurisdicciones*, organizado por el Foro de Formación y Estudios Medioambientales del Poder Judicial en la Comunidad Autónoma Andaluza (pp. 115-127). Sin editar. Sevilla, España, 13 y 14 de diciembre de 2007, p. 117.

¹⁹¹ GÓMEZ RIVERO, Mª C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, p. 29.

su posición es poco creíble el desconocimiento de la normativa sectorial o el hecho de no contar con un debido asesoramiento.

En concreto el art. 6.1 CC insta que «*La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento*», especificando: «*El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen*». Por ende, el CP determina en su art. 14.3 que, si el error de prohibición resultara vencible, la consecuencia resultante consiste en reducir la pena a imponer en uno o dos grados¹⁹². La posible interpretación favorable al error de tipo resulta conducente a la impunidad por tratarse de un delito al que no puede atribuirse la comisión imprudente¹⁹³.

La fuente de esta discusión resulta ser si se trata de un error sobre un elemento normativo (la autorización, licencia o permiso) y que en todo caso recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta¹⁹⁴ y por tanto es de tipo. Por ello, se produce la división de la dogmática en función de la tendencia a reconocer mayor peso a la vertiente de error de tipo o la del error de prohibición ante la convicción de ausencia de antijuridicidad. La elección de una u otra opción condiciona que se sancionen o no los supuestos de error vencible. Después de todo, una de las mayores problemáticas en torno a estos delitos es que no contemplan la comisión imprudente, lo que en sede del art. 12 CP se traduce en que no se castiga la conducta imprudente si no lo establece así la Ley¹⁹⁵.

El trato dispensado por los órganos judiciales a la actitud de las Administraciones Locales ante las infracciones urbanísticas desde el punto de vista del error de prohibición es el termómetro que han venido utilizando los Tribunales para depurar la responsabilidad criminal de los particulares infractores del art. 319 CP¹⁹⁶. Este artículo no ha variado su contenido con las reformas en cuanto a la culpabilidad. Más aun, la referencia explícita en el 320.1 al comportamiento omisivo del funcionario

¹⁹² MACÍAS SAÑUDO, M^a G., *Los delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo. Un estudio integrado y renovado del artículo 319 del Código Penal. Una aproximación práctica al artículo 320 del Código Penal en la corrupción urbanística malagueña*. Trabajo Fin de Máster. Jerez de la Frontera: Universidad de Cádiz, 2014, p. 36.

¹⁹³ GÓMEZ RIVERO, M^a C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, p. 29.

¹⁹⁴ GÓMEZ RIVERO, M^a C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, p. 29.

¹⁹⁵ RUFINO RUS, J., “Error de tipo y de prohibición a propósito de los elementos normativos del tipo”, cit., p. 118.

¹⁹⁶ BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Los delitos urbanísticos*, pp. 261 y ss., seguido por ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 252.

o autoridad transigente que no realiza inspecciones o silencia las infracciones detectadas refuerza la relevancia de la pasividad administrativa para que los particulares puedan materializar sus planes.

Conviene subrayar que la jurisprudencia viene exigiendo que la existencia de error sea probada y que éste resulte invencible para ser tenido en cuenta como eximente, como así consta en la STS 196/2012¹⁹⁷. Como muestra esta Sentencia, realmente queda al criterio del Tribunal la observancia o no del error de prohibición, pues así se desprende cuando afirma:

*Del "factum" resulta claramente que la acusada edificó una vivienda en suelo no urbanizable de especial protección, a sabiendas de que lo era, solicitando y obteniendo torticeramente, a fin de dotar a su ilícita iniciativa de una apariencia de legalidad, un permiso de construcción para edificar una nave de uso agrícola*¹⁹⁸.

Por consiguiente, se concluye que si el Tribunal valora que existe descuido, indiferencia, desidia o precipitación no podrá reputarse error¹⁹⁹. Hay que evaluar si el constructor o promotor tiene motivos para recelar de la eventual antijuridicidad (error de prohibición), duda sobre la calificación del suelo (de error de tipo) o sabe que hay una legislación especial cuyo detalle desconoce, por lo que tiene un deber de cuestionarse la legalidad de la obra y de recabar información y consejo jurídico de la propia Administración o de profesionales del Derecho atendiendo especialmente a que, a mayor importancia de la construcción, mayor deber de asesoramiento²⁰⁰.

En cuanto se refiere específicamente al error de prohibición, la STS 196/2012 advierte en el Fallo: « (...) que no basta su mera alegación, sino que deberá probarse, tanto en su existencia como en su carácter invencible.»

¹⁹⁷ STS (Sala de lo Penal). Sentencia núm.: 196/2012 de 21 de marzo.

¹⁹⁸ STS (Sala de lo Penal). Sentencia núm.: 196/2012 de 21 de marzo, FJ 3º.

¹⁹⁹ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, S. seguidos por RUFINO RUS, J., *Error de tipo y de prohibición a propósito de los elementos normativos del tipo*, p. 122.

²⁰⁰ RUFINO RUS, J., *Error de tipo y de prohibición a propósito de los elementos normativos del tipo*, p. 122.

Acorde con este razonamiento, la STS 816/2014, caso en el que el acusado se defiende alegando que había incurrido en un error de prohibición por «*la influencia del entorno y por la actitud equívoca de las autoridades municipales*»²⁰¹, resuelve:

Basta con saber a nivel profano que las normas que regulan la convivencia social (el Derecho) prohíben el comportamiento que él realiza. El contenido de este elemento del delito, la conciencia de la antijuridicidad, o de su reverso, el error de prohibición, se refiere al simple conocimiento genérico de que lo que se hace o se omite está prohibido por las Leyes, sin mayores concreciones, sin que se requiera conocer las consecuencias jurídicas que de su incumplimiento pudieran derivarse.

Por lo tanto, se tienen que señalar aquellos casos en los que la existencia previa de otras construcciones se usa como otra vía de justificación. La SAP de Sevilla 218/2010²⁰², donde se enjuician los hechos en los que un matrimonio es acusado de incurrir en los delitos tipificados en el art. 319.1 CP, entendió la que la ausencia de dolo es impensable puesto que los cónyuges eran sabedores de que la parcela era de suelo rústico y que no hicieron intento de solicitar autorización porque preveían que sería denegada²⁰³. Igualmente hace estimación negativa del hecho de las construcciones existentes como generadoras de un entorno proclive al error de prohibición, pues la actuación de otras personas no puede condicionar la propia en sede de irregularidades administrativas ni puede eliminar el elemento antijurídico de la construcción levantada so pena de tener que absolver a todo enjuiciado por hechos semejantes²⁰⁴.

²⁰¹ STS (Sala de lo Penal) de 24 de noviembre. Sentencia núm.: 816/2014 de 24 de noviembre, FJ 1º: « (...) *incide de forma especial en que no sabía que no pudiera realizar las obras que ejecutó en la parcela ni que precisara una licencia para ello, esgrimiendo, pues, que habría incurrido en un error de prohibición producido por el entorno y por la actitud equívoca de las autoridades municipales.*»

²⁰² SAP de Sevilla (Sección 3ª). Sentencia núm.: 218/2010 de 26 de marzo.

²⁰³ SAP de Sevilla (Sección 3ª). Sentencia núm.: 218/2010 de 26 de marzo, FJ 4º: «(...) *el hecho de que en la zona hubiera otras edificaciones, no excluye la antijuridicidad de la acción, pues es un hecho notorio y de común conocimiento para cualquier ciudadano medio, sin necesidad de estar revestido de especiales conocimientos, que toda construcción, - máxime cuando de lo que se trata es el levantamiento y construcción de nueva planta de una vivienda -, precisa de la correspondiente licencia urbanística -, y si no se solicitó es porque sabían en las condiciones ilegales en que emprendían su obra.*»

²⁰⁴ SAP de Sevilla (Sección 3ª). Sentencia núm.: 218/2010 de 26 de marzo, FJ 3º: «*El argumento ya apuntado, de que al existir en las inmediaciones otras viviendas más o menos similares, les pudo inducir a error sobre la licitud de su ejecución, al ampararse en un supuesto principio de igualdad, debe ser rechazado, puesto que, al margen de que lo que pudieran hacer otros ciudadanos, incluso la existencia de irregularidades administrativas en cuanto al cobro de impuestos o la dejación de sus funciones de inspección y actuación disciplinaria, no tiene por qué condicionar la actuación propia, ni esas otras construcciones supuestamente ilegales, justificar ni amparar la levantada por los inculpad.*»

Asimismo incide ACALE SÁNCHEZ en que existe la posibilidad de aceptar el error de tipo cuando se actúa con licencia viciada por razones ajenas al solicitante y desconocidas para el mismo²⁰⁵. Será otro escenario cuando la Administración tolera las irregularidades, con algunos casos reconducidos al dolo y considerando las características del caso concreto²⁰⁶.

De este tenor se presenta la STS 1067/2006. Por una parte, desecha la concurrencia de error²⁰⁷ porque el autor de los hechos llevaba años viviendo en los lindes de una zona de dominio público marítimo terrestre y que conocía, por lo tanto, la existencia de criterios diferentes sobre la calificación del paraje donde se hallaba la vivienda y la obligación de solicitar las correspondientes licencias al Servicio de Costas y al Ayuntamiento. De hecho, el Consistorio le denegó la licencia por carecer de la autorización del Servicio de Costas. Y por otra parte, queda el argumento de la voluntad del sujeto actuante²⁰⁸: « (...) *el acusado en esta determinada circunstancia y con arreglo a los hechos antecedentes o coetáneos, tenía plena conciencia de la ilicitud de lo que estaba llevado a cabo por lo que no cabe la absolución basada en la inexistencia de dolo por no apreciar la existencia de antijuridicidad penal en su conducta.* »²⁰⁹

Ahora bien, existen algunas excepciones, muy especialmente en las Audiencias Provinciales, frente a los criterios seguidos por el Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, fue célebre la Audiencia Provincial de Cádiz por sus resoluciones favorables a los acusados de incurrir en las conductas tipificadas en el art. 319. Entre sus sentencias, sobresalen partiendo de esta premisa dos: SAP de Cádiz 26/2008 y 54/2004.²¹⁰

A todo esto, la jurisprudencia ha nombrado un tercer tipo de error, llamado error de impunidad y el cual consiste, según la SAP de Islas Baleares 257/2015, en creerse la imposibilidad de sanción sobre obra que se sabe ilegal por la prescripción del hecho delictivo, diferenciando esta clase de error del de prohibición porque en este último existe la convicción de estar actuando lícitamente.

²⁰⁵ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 242.

²⁰⁶ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 243 y 252.

²⁰⁷ STS (Sala de lo Penal, Sección 1^a). Sentencia núm.: 1067/2006 de 16 de octubre, FJ 1^o.

²⁰⁸ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 253, y RUFINO RUS, J., *Error de tipo y de prohibición a propósito de los elementos normativos del tipo*, p. 127.

²⁰⁹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1^a). Sentencia núm.: 1067/2006 de octubre. FJ 2^o.

²¹⁰ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 252.

Tras este análisis, es coherente afirmar que el error ha de ser: probado, evidente y que se deba a fallos atribuibles a licencias viciadas, normativas no publicadas o hechos semejantes por falta de publicidad u otras conductas atribuibles a la Administración. Aferrarse al desconocimiento de la normativa o de la necesidad de solicitar licencia es de dudosa credibilidad cuanto menos, pues el hecho de realizar las obras conlleva la responsabilidad ineludible de obtener información relativa a la misma y los permisos necesarios. Cuando el argumento del desconocimiento sale a la luz, suele demostrar la consabida recurrencia a una fingida ignorancia derivada de la picaresca.

3. Estado de necesidad y la edificación miserable

La tendencia en la jurisprudencia es fiscalizar al máximo la aplicación del error en una sociedad en la que la normativa está al alcance de cualquiera con voluntad de conocerla y que los medios de comunicación mantienen en estado de alerta a la población con la salida a la luz de casos de gran alcance mediático, como ha sucedido con el que protagoniza la “Abuela Josefa” o “Abuela de Fuerteventura” (municipio de Betancuria)²¹¹, condenada a entrar en prisión al negarse a demoler su vivienda construida en un Parque Natural.

La condena impuesta por el JP N° 2 de Arrecife, sentencia 60/2011, se funda en el art. 319.2. La SAP de Gran Canaria 80/2014²¹² ratifica la condena a 6 meses de prisión, de inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la construcción y de inhabilitación para sufragio pasivo, 12 meses de multa (a dos euros diarios, total de 720) más la orden de demolición desobedecida. Fueron hechos constitutivos de delito la conducta de construir en suelo categorizado como Rústico de Edificación Dispersa por el PIOF y como Suelo Rústico de Protección Agrícola por el PRUG-PRB. Josefa, propietaria de la finca, actuando como promotora, no contaba con

²¹¹ Caso paradigmático por la construcción de una vivienda en el Parque Natural de Betancuria (Lanzarote). La construcción fue erigida en un terreno incardinado en suelo medioambientalmente protegido. Por añadidura, como ejemplo del razonamiento que practica de común la sociedad española respecto a estos delitos, valga la declaración de una de las hijas de Josefa: *“Mi madre no ha matado ni ha robado, hay gente que ha matado y robado y está en la calle. Mi madre construyó en su tierra antes de que fuera un parque natural”*, SANTANA, T., *“La abuela canaria que no demolió su casa entra en prisión”*, El País, España, 2015, martes, 25 de agosto. Disponible: http://politica.elpais.com/politica/2015/08/24/actualidad/1440410209_488753.html (Consultado: 30/08/2015).

²¹² SAP de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 1ª). Sentencia núm. 80/2014 de 31 de marzo.

los preceptivos títulos habilitantes, toda vez que carecía de calificación territorial y de licencia municipal para llevar a cabo las obras de ampliación. Se defendía aduciendo que no supo que su casa se hallaba en un Parque Natural hasta el año 2000 y que entonces pidió licencia que le fue denegada, razón por la cual se consideró que conocía la ilegalidad de su conducta (FJ 1º). También alegó que existe dispersión en la normativa urbanística (FJ 2º), pero la Juzgadora valora « (...) *no la existencia de una dispersión de la normativa administrativa, sino una sucesión temporal de instrumentos de planeamiento (...)*» (FJ 2º).

Su precaria situación económica justificó la individualización de la pena con la cuota de dos euros por día (FJ 1º). La defensa apeló la SJP también por la inminente declaración en situación de riesgo de los nietos convivientes con la procesada por parte de los Servicios Sociales (FJ 2º): « (...) *que la acusada se vio en la necesidad de realizar obras de ampliación de su vivienda para evitar que sus nietos fuesen declarados en situación de riesgo (...)*», además de que « (...) *la vivienda no reunía condiciones de habitabilidad adecuadas(...)*» (FJ 2º), y « (...) *tenía que mejorar las condiciones de habitabilidad de la vivienda (fundamentalmente, los techos que se encontraban en mal estado) (...)*» (FJ 2º).

En situaciones como ésta acude a la reflexión la figura italiana de la edificación miserable²¹³, sin vigencia en España. ACALE SÁNCHEZ advierte de que en Italia se trata de delitos meramente formales donde prevalece la realización de las obras sin licencia frente a lesión del bien jurídico protegido²¹⁴. Igualmente nota que se exige que el mal propio o de tercero no puede rehuirse de ninguna forma que no sea contraviniendo la ordenación del territorio y el urbanismo, es decir, que la persona afectada no pueda encontrar alojamiento con otros medios a su alcance²¹⁵.

En cambio, en España encaja entre las opciones de actuación de los Tribunales aplicar la eximente de estado de necesidad también en estos delitos siguiendo el criterio de ACALE SÁNCHEZ. Primeramente atendiendo a que se presente como autoconstrucción para proveer de vivienda al constructor o sus familiares más cercanos (la propia acusada y sus nietos); en segundo término, el ánimo de evitar un mal propio o

²¹³ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 245.

²¹⁴ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 246.

²¹⁵ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 246.

ajeno (perder la guarda de los nietos a su cargo); que la amenaza sea actual y de gravedad; y que el sujeto actuante no haya dado lugar a la situación comprometida²¹⁶.

El recurso de apelación fue rechazado, sin atender al posible error ni estado de necesidad. Finalmente, a pesar de haber entrado en prisión²¹⁷, le fue concedido el indulto por parte del Gobierno, con informes preceptivos contrarios del Ministerio Fiscal y la Juez que impuso la condena, principalmente por su actitud rebelde de no obedecer la orden de demolición y seguir construyendo.

IV. *ITER CRIMINIS*

1. Consumación

Los comportamientos típicos de los delitos del art. 319 CP provienen de una acción continuada que se mantiene en el transcurso del tiempo²¹⁸.

Así el art. 14.4 RDLTRL, actual 7.4 RDLTRLRU, determina cuándo se empiezan y se terminan las obras²¹⁹:

(...) las actuaciones de urbanización se entienden iniciadas en el momento en que, (...) aprobados y eficaces todos los instrumentos de ordenación y ejecución que requiera la legislación sobre ordenación territorial y urbanística para legitimar las obras de urbanización, empiece la ejecución material de éstas. La iniciación se presumirá cuando exista acta administrativa o notarial que dé fe del comienzo de las obras.

Mientras tanto, el propio 14.4, actual 7.4 RDLTRLRU, establece también el extremo contrario:

La terminación de las actuaciones de urbanización se producirá cuando concluyan las obras urbanizadoras de conformidad con los instrumentos que las legitiman, habiéndose cumplido los deberes y levantado las cargas

²¹⁶ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, pp. 245-247.

²¹⁷ EFE, “El Gobierno concederá el indulto a la 'abuela de Fuerteventura' contra el criterio de la juez y el fiscal”, *El Mundo*, España, miércoles 26 de agosto. Disponible: <http://www.elmundo.es/espana/2015/08/26/55ddf797268e3e1a618b4599.html> (Consultado: 30/08/2015).

²¹⁸ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 255.

²¹⁹ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 255.

correspondientes. La terminación se presumirá a la recepción de las obras por la Administración o, en su defecto, al término del plazo en que debiera haberse producido la recepción desde su solicitud acompañada de certificación expedida por la dirección técnica de las obras.

Por consiguiente, se entiende que el legislador hace una precisión sobre el inicio de las obras atendiendo a un criterio material (el comienzo real de las mismas), y acerca de la conclusión, tomando en consideración un requisito de carácter normativo, que únicamente con mera finalidad explicativa puede tener traslado al ámbito penal²²⁰. De manera análoga, si bien se entienden iniciadas las obras y simultáneamente la consumación de reunirse los requisitos señalados, difícilmente se pueden considerar concluidas con requisito formal alguno, puesto que se trataría de “obras ilegales”²²¹.

El PLOCP de 1992 sancionaba: «*cuando se llevare a cabo una construcción no autorizada (...)*» dando pie a poder afirmar que la conducta descrita de esta forma resultaba conducente a que el delito empezaba a consumarse desde que se iniciaba la ejecución de las obras y seguía consumándose hasta el momento de finalización²²². Es por esto que las obras típicas del art. 319 deben considerarse como delitos cuya consumación es durativa en el tiempo que transcurre entre el inicio y el fin de ejecución de las obras²²³. Por ende, los delitos de construcción, edificación y urbanización no autorizables resultan ser delitos de naturaleza permanente²²⁴.

Aunque cabe la posibilidad de considerar estos delitos como de consumación instantánea²²⁵, esta concepción constituye una manera de recompensar al autor con una posible prescripción del delito incluso previa a la finalización de las obras²²⁶. Aplazar el momento de la consumación hasta la conclusión de las obras conllevaría clasificar como tentativa conductas que *per se* ya lesionan el bien jurídico y no se limitan a una

²²⁰ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 255.

²²¹ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 255.

²²² ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 255.

²²³ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 255.

²²⁴ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 256.

²²⁵ QUINTERO OLIVARES, G., Parte General del Derecho penal, (con la colaboración de MORALES PRATS, F.), p. 610, seguido por ACALE SÁNCHEZ M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 256.

²²⁶ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 256.

simple puesta en peligro del mismo²²⁷. Baste como muestra el art. 210.1 LOUA, el cual determina que:

El plazo de prescripción de las infracciones urbanísticas comenzará a computarse desde el día en que la infracción se haya cometido o, en su caso, desde aquél en que hubiera podido incoarse el procedimiento. A este último efecto, se entenderá posible la incoación del procedimiento sancionador desde el momento de la aparición de signos externos que permitan conocer los hechos constitutivos de la infracción, y nunca antes de la completa terminación de los actos.

Por esto, las obras se considerarán iniciadas cuando se comience a materializar el plan previsto, sea haciendo unos cimientos, con unos corrimientos de tierra, una zanja o un derribo, y que la finalización no es tal hasta que todos los actos que engloben las actuaciones de construcción, edificación o urbanización estén ejecutados en su totalidad, aunque se trate de actuaciones accesorias como un alicatado o la colocación de ventanas, como se verá con mayor profundidad en el apartado relativo a la prescripción.

2. Tentativa

Hay que centrar la atención sobre la forma verbal «llevar a cabo» porque entraña la acción material de construir, edificar o urbanizar como punto de partida de la consumación y, desde que se presentan datos que no concuerdan con la realidad, se inicia la ejecución de los actos exteriores del autor para ejecutar el plan premeditado²²⁸. Esto último se produce cuando se adulteran u omiten datos para lograr la autorización administrativa que permita la materialización de su contenido, lo cual no lesiona el bien jurídico pero sí que lo pone en peligro como todo delito intentado²²⁹. Igualmente, lo difícil no es dar cabida a la tentativa en el terreno teórico, sino en el práctico²³⁰.

Paralelamente, si se parte del razonamiento de que se trata de un delito de resultado, el delito es consumado desde que se inician las obras, aunque quepan formas

²²⁷ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 256.

²²⁸ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 258.

²²⁹ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 258.

²³⁰ SOUTO GARCÍA, E. M^a, “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, p. 154.

imperfectas de ejecución²³¹ que darán comienzo desde que se inicie la ejecución material de las obras, excluyendo de la tipicidad el mero acopio de materiales, herramientas y útiles propios de la actividad constructora o el simple acuerdo o proyecto. La tentativa, por su parte, es, en opinión de ACALE SÁNCHEZ, la presentación de datos manipulados para la obtención de la licencia porque se ejecutan así los planes del autor por medio de actos exteriores²³².

De especial interés resulta aquí la SAP de Gran Canaria 54/2013²³³ por no reconocer como posible la tentativa en estos casos (FJ 2º): « *No se sabe lo que se quería edificar; no habría consumación, y al no ser posible la tentativa la conducta queda impune.*». En sentido equivalente, la SAP de Gran Canaria 46/2011²³⁴ (FJ 3º).

No obstante, siguiendo con la idea de que estamos ante delitos de naturaleza permanente, la tentativa ha de situarse en un estadio anterior a la ejecución de las obras, como es la obtención de licencia de forma ilícita, razón por la cual se recoge la propuesta de ACALE SÁNCHEZ.

3. Cuestión particular de las parcelaciones ilegales

En la normativa urbanística las parcelaciones ilegales se valoran como actos ilícitos de mayor gravedad que las construcciones o edificaciones²³⁵. Esta superior gravedad se veía reflejada en los artículos 13.2 y 17.2 RDLTRLS, 66.1 b), 68.2, el 207.3 LOUA, el cual incluye la parcelación ilegal en suelo no urbanizable como infracción muy grave y el art. 16.2 del actual RDLTRLSRU prohíbe expresamente las parcelaciones urbanísticas en suelo rural.

La razón de esta valoración se fundamenta en la creación del peligro de formación de núcleos de población producidos por la parcelación irregular, la cual es paso previo a la ejecución de obras de construcción, urbanización y edificación que

²³¹ DE VEGA RUIZ, J. A., *Delitos contra el medio ambiente, la ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código Penal de 1995*, p. 119.

²³² ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 258.

²³³ SAP de Gran Canaria (Sección 1ª). Sentencia núm. 54/2013 de 9 de abril.

²³⁴ SAP de Gran Canaria (Sección 6ª). Sentencia núm. 46/2011 de 2 de mayo.

²³⁵ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 258. En el mismo sentido: FERNÁNDEZ, T. R., *Manual de Derecho urbanístico*, p. 225 y 231.

darán forma a tales núcleos: la parcelación ilegal deviene en construcciones ilegales²³⁶ y al mismo tiempo se trata de actos sujetos a la concesión de licencia.

De forma previa a la reforma de 2010, recuerda ACALE SÁNCHEZ que cabía la posibilidad de valorar las parcelaciones ilegales como tentativa inacabada de obras de construcción o edificación²³⁷. La cuestión que surge de esta reforma es que, si con la llegada de las obras de urbanización al art. 319, las parcelaciones ilegales dejan de ser tentativa imperfecta de obras de construcción o edificación no autorizables para convertirse en la consumación de las obras de urbanización.

En cualquier caso, será la jurisprudencia, por medio de la casuística, quien determine cómo interpretar las parcelaciones en cuanto a obras de urbanización²³⁸. De aquí nacería una importante contradicción si se tiene como tentativa una de las infracciones urbanísticas más graves²³⁹.

No obstante, la STS 1182/2006²⁴⁰ iguala parcelaciones con obras de urbanización, siendo también probable una interpretación conjunta del 319 y 320 para concluir lo contrario²⁴¹. En otras palabras: la cuestión radica en que el art. 320 distingue entre proyectos de urbanización (previos a las obras de urbanización referidas en el art. 319) y proyectos de parcelación y reparcelación (precedente a las obras de parcelación y reparcelación), por lo que podría entenderse que las obras de urbanización no entrañan obras de parcelación²⁴², opinión que aquí se comparte desde el punto de vista de que no es asimilable dividir unos terrenos con valla de tela metálica en parcelas que asfaltar un camino, entre otras razones por el impacto visual y material.

²³⁶ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 258 y 259.

²³⁷ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 260 y 261.

²³⁸ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 261.

²³⁹ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 261.

²⁴⁰ STS (Sala de lo Penal, Sección 1^a). Sentencia núm. 1182/2006 de 29 de noviembre, comentada por ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 261.

²⁴¹ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 261.

²⁴² ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 262.

VI. CONSECUENCIAS PENOLÓGICAS

Las penas de inhabilitación especial y multa establecidas en el 319.1 y 2 coinciden en la duración, pero las de prisión tienen distinta persistencia. La pena de multa abarca una horquilla que se extiende desde los doce a los veinticuatro meses y la de inhabilitación especial de uno a cuatro años, mientras que la de prisión del número primero tiene un suelo del año y seis meses y la del número segundo de un año, compartiendo ambas un techo de cuatro años de prisión.

La valoración que merece la imposición conjunta de las penas dispuestas es que su fin global es complementarse para amedrentar la voluntad delictiva con el temor que pueden suscitar en futuros delincuentes urbanísticos y demostrar el valor del bien jurídico protegido²⁴³.

1. Pena de prisión

Al referirse a las penas de prisión, se debe anotar que su elevación malogra el intento de sustitución por el régimen general establecido en el art. 88 CP y que la aplicación del régimen extraordinario habrá de subordinarse al caso concreto²⁴⁴. Por lo que se refiere a la suspensión, regulada en el art. 81 CP, el período será de dos a cinco años cuando la condena no supere los dos años, afectando directamente a estos delitos.

Es de destacar que la duración relativamente breve de estas penas de prisión responde a que se consideran aquí sujetos integrados en la sociedad de la que forman parte y se apela a la marcada impresión que produce la entrada en prisión, a pesar de ser para estancias breves²⁴⁵, aunque no siempre serán sujetos plenamente integrados en la sociedad los que cometan estas infracciones. No obstante, ACALE SÁNCHEZ apela también a los beneficiosos efectos de mantener las penas privativas de libertad como instrumento de prevención²⁴⁶. Ahora bien, las penas de prisión aquí expuestas deberían ser analizadas desde la perspectiva de aquellos delitos erigidos sobre complejos turísticos, grandes urbanizaciones y otros casos similares que vayan más allá de construir una sola vivienda unifamiliar o una nave industrial para poder aumentarlas en

²⁴³ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 270.

²⁴⁴ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 273.

²⁴⁵ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 270 y 271.

²⁴⁶ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 271.

función del mayor volumen o la mayor superficie porque es un beneficio para grandes constructores y promotores someterse a la misma pena de prisión.

Asimismo, cuando la CE hace alusión a las infracciones penales al referirse a medio ambiente, recursos naturales, patrimonio histórico, artístico y cultural, la primera idea que nace es la de pensar en la prisión como medida disuasoria estelar del Derecho Penal. En cambio, al no hacer lo mismo con la ordenación del territorio en el art. 47 (ni siquiera hace alusión a infracciones administrativas), se ha hecho más difícil la aceptación de penas de prisión por motivos como estas ilicitudes.

2. Pena de multa

Por lo tocante a las multas, su aparición en proporción a los beneficios obtenidos por el delincuente en una cuantía comprendida entre el tanto y el triplo de la ganancia es la innovación de mayor calado en la reforma de 2010 en este aspecto²⁴⁷. Según la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, ésta es la respuesta a la consolidación de la rentabilidad del delito para los casos de ganancias superiores a la suma total de cuotas diarias²⁴⁸. Esta multa proporcional, entiende ACALE SÁNCHEZ, será reservada especialmente para los profesionales de la construcción, quienes tienen un ánimo de lucro mayor y más evidente, mientras que la de días multa será de mayor aplicación entre particulares no profesionales²⁴⁹.

3. Pena de inhabilitación especial

Hay que reseñar que, a pesar de ser inhabilitación especial, no es especial el delito, como ya se ha reiterado, idea refrendada por ACALE SÁNCHEZ²⁵⁰. Esta pena puede tener una especial incidencia en sujetos integrados en la sociedad por el desprestigio que supone en el ámbito profesional y social, por lo que ACALE SÁNCHEZ considera su aportación a la prevención general y especial como positiva y útil²⁵¹.

4. Responsabilidad penal de la persona jurídica

Por último, el 319.4 se refiere a la responsabilidad de las personas jurídicas, tan comunes en estos delitos para diluir responsabilidades y que tienen en este párrafo

²⁴⁷ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 273.

²⁴⁸ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 273.

²⁴⁹ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 273.

²⁵⁰ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 274.

²⁵¹ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 272.

penas dirigidas a la prevención especial y la evitación de que reincidan²⁵². Pues bien, como dice el precepto, se podrán aplicar las reglas del artículo 66 bis como vehículo para hacer lo propio con las recogidas en el artículo 33.7 en sus letras b) a g) y, cuando el lucro del delito sea superior a la mantenida multa de uno a tres años, multa entonces del doble al cuádruplo del provecho obtenido.

Bien al contrario, la citada SAP de Cáceres 518/2015 condenó al administrador solidario que firmó contrato de compraventa e instalación de casas prefabricadas en nombre de la empresa y actuando como profesional, pero no sancionó a la persona jurídica. De manera parecida se pronunció la SJP de Vigo 231/2011, condenando a los dos socios que ejecutaron una vivienda no autorizable y no aplicando castigo alguno a la sociedad de la que formaban parte y en cuyo seno actuaron²⁵³.

VII. MEDIDAS REALES

1. La demolición

Prevista en el art. 319.3, no puede asemejarse a una pena, pues no tiene entre sus fines la reinserción social del reo ni ningún principio de aplicación a las penas la somete²⁵⁴, y porque no forma parte del catálogo de penas previstas en el CP, ni puede considerarse responsabilidad civil *ex delicto* por su carácter facultativo, según la SAP de Murcia 227/2015²⁵⁵. Tampoco es una sanción, a la vista de la jurisprudencia ofrecida por el Supremo, ni una medida cautelar porque no previene de otras consecuencias futuras negativas²⁵⁶. Parece más una medida de restauración de la realidad física alterada y que puede ser impuesta por la Administración o por el Tribunal. En este

²⁵² ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 274 y 275.

²⁵³ SJP de Vigo (Sección 3^a). Sentencia 231/2011 de 30 de noviembre.

²⁵⁴ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 279.

²⁵⁵ SAP de Murcia (Sección 2^a). Sentencia núm. 227/2015 de 12 de mayo, FJ 1º: «No se trata de una pena al no estar recogida en el catálogo de penas que contempla el CP, y debe evitarse la creación de penas en los delitos de la Parte Especial - Libro II - que no estén previstas como tales en el catálogo general de penas de la Parte General - Libro I - ni se puede considerar como responsabilidad civil derivada del delito, dado su carácter facultativo, aunque no arbitrario. Esta consideración de la demolición como consecuencia jurídica del delito permite dejar la misma sin efecto si, después de establecida en sentencia, se produce una modificación del planeamiento que la convierta en innecesaria, por lo que la posibilidad de una futura legalización no obsta a su ordenación en el ámbito penal.».

²⁵⁶ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 279.

escenario la competencia para ordenar la demolición será ejercida por el Alcalde si es infracción urbanística y del Tribunal si se tratase de ilícito penal²⁵⁷.

Sin embargo, la STS 443/2013²⁵⁸ entiende que se trata de una medida de responsabilidad civil *ex delicto*²⁵⁹, necesaria para restablecer el orden jurídico y el bien jurídico lesionado, y que los Tribunales no deben dejarla en manos de la Administración:

« (...) tampoco puede aceptarse la tesis de remitir a la ulterior actuación administrativa tal demolición, lo que entrañaría una injustificada dejación de la propia competencia de los Tribunales penales y reincidiría procesalmente en la propia causa que generó, según explícita confesión del legislador, la protección penal, cual es la histórica ineficacia de la Administración para proteger adecuadamente ese interés general que representa el valor colectivo de la ordenación del territorio»²⁶⁰.»

En cuanto a su procedencia, la SAP de Pontevedra 52/2014²⁶¹ entiende que sólo resulta excusable la demolición cuando se cumple que hubo: *«mínimas extralimitaciones o leves excesos respecto de la autorización administrativa»*, y *«modificación de los instrumentos de planeamiento haciendo ajustada a la norma la edificación o construcción»*. De igual sentido resulta la SAP de Murcia 371/2014²⁶² al indultar una vivienda en base a:

« (...) la mínima extralimitación de la vivienda a la normativa urbanística; la falta de proporcionalidad de la demolición con el daño que se causaría al infractor; la consideración no controvertida de domicilio habitual; la naturaleza del terreno destinado a uso agrícola, ajeno por lo tanto a especial protección; la ausencia de requerimiento de paralización; y singularmente el hecho de contar la zona con caminos asfaltados, alumbrado público, agua potable y energía

²⁵⁷ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 281.

²⁵⁸ STS (Sala de lo Penal, Sección 1^a). Sentencia núm. 443/2013 de 22 de mayo, FJ 1^o.

²⁵⁹ STS (Sala Segunda, Sección 1^a). Sentencia núm. 529/2012 de 21 de junio, FJ 3^o.

²⁶⁰ En el mismo sentido: STS (Sala de lo Penal, Sección 1^a). Sentencia núm. 901/2012 de 22 de noviembre: *«En este sentido, es claro, la demolición es una consecuencia civil, una obligación de hacer, derivada del delito, que conecta con el art. 109 ss. CP relativos a la reparación del daño, susceptible de producirse personalmente por el culpable o culpables o a su costa.»*.

²⁶¹ SAP de Pontevedra (Sección 5^a). Sentencia núm. 52/2014 de 28 de enero, FJ 1^o.

²⁶² SAP de Murcia (Sección 2^a). Sentencia núm. 371/2014 de 18 de noviembre.

eléctrica, determinan la confirmación de la decisión adoptada por el juzgador, consistente en la no demolición.» (FJ 3º).

También se puede añadir que la regla general debe ser la demolición de las obras que devienen ilegales, tal y como se expresa la SAP de Almería 177/2011 al afirmar que la demolición se erige como:

«(...) única medida posible para restaurar el daño causado al bien jurídico protegido, porque de otra forma se perpetuaría el daño causado sin solución, lo que supondría la ineficacia de la finalidad preventiva que pretende la norma penal, que se eludiría fácilmente sin mucho riesgo ni personal ni económico»²⁶³.

Por añadidura, la SAP de Madrid 945/2014 en su FJ 1º entiende que no procede la demolición *« (...) si en el momento del juicio la edificación o construcción se ha legalizado por un cambio de planeamiento (así, STS de 21-6-12 y de 22-5-13).»*, y todavía más, cuando al afirmar que la: *« (...) orden de demolición, única salida legal ante la no legalización de las obras.» (FJ 1º).*

En el art. 319.3 se dice que los tribunales “podrán motivadamente” ordenar la demolición, por lo que no es una imposición a los órganos jurisdiccionales, sino una potestad que se les otorga. Así lo ha interpretado la SAP de Jaén 101/2015²⁶⁴ al aducir que el texto del apartado tercero del 319 no establece qué criterios seguir para adoptar la medida de la demolición, pero se desprende que tiene que ordenarse de forma motivada culminando la desobediencia:

(...) el art. 319.3 no señala criterio alguno, en la práctica se tienen en cuenta: la gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción; la proporcionalidad de la medida en relación con el daño que causaría al infractor, en caso de implicarse sólo intereses económicos, verse afectados derechos fundamentales, como el uso de la vivienda propia, la naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción; tomando en distinta consideración los que sean de especial protección, los destinados a usos agrícolas, etc.,...

²⁶³ SAP de Almería (Sección 3ª). Sentencia núm. 177/2011 de 20 de mayo, FJ 5º. En sentido equivalente: DE VEGA RUIZ, J. A., *Delitos contra el medio ambiente, la ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código Penal de 1995*, cit., p. 119: *«Quizás la demolición en lugar de ser facultad concedida al Juez debería ser obligatoria como parte de la decisión judicial».*

²⁶⁴ SAP de Jaén (Sección 2ª). Sentencia núm. 101/2015 de 28 de abril, FJ 1º.

(...) la demolición deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción que la obra está completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables²⁶⁵ o en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración y en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial²⁶⁶.

Es preciso aclarar que existe en la jurisprudencia un sector que sostiene que la demolición es una facultad excepcional en respuesta a una motivación particular, lo cual genera un carácter discrecional además de excepcional de la demolición, aunque según SAP de Cádiz 145/2014: « (...) ni desde el punto de vista gramatical ni desde una perspectiva legal puede identificarse discrecionalidad con excepcionalidad.»²⁶⁷. Respecto a esta cuestión, la SAP de Murcia 450/2015 asevera que la demolición no es automática ni una obligación para los Tribunales y que deber ser motivada en base a exponer en la sentencia los fundamentos de hecho y de derecho del caso concreto²⁶⁸.

En referencia a las indemnizaciones a terceros de buena fe, presentes en el 319.3 por la LO 1/2015 cuyo reflejo se ve en la enmienda aprobada por el Senado el 24 de junio de este año para que el propietario de buena fe vea reforzada su protección también en el ámbito administrativo. Esta enmienda ofrece una nueva garantía dada por el nuevo apartado tercero del art. 108 LRJCA. Su entrada en vigor se fijó para el 1 de octubre de 2015. Dicha enmienda dictamina que:

«El Juez o Tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de

²⁶⁵ En sentido opuesto: SAP de Tenerife (Sección 6ª). Sentencia núm. 180/2014 de 2 de abril, FJ 4º: « (...) pero nunca podrá extenderse la excepción a futuras e inciertas modificaciones del planeamiento, pues de acceder a ello se consagrarían la práctica totalidad de las consecuencias negativas de las infracciones urbanísticas pues unas avalaría y/o consolidarían a las siguientes. ».

²⁶⁶ En sentido equivalente: SAP de Cádiz (Sección 4ª). Sentencia núm. 200/2014 de 23 de junio; SAP de Madrid (Sección 30ª). Sentencia núm. 378/2014 de 22 de mayo; SAP de Cádiz (Sección 4ª). Sentencia núm. 222/2014 de 7 de julio, FJ 2º.

²⁶⁷ SAP de Cádiz (Sección 4ª). Sentencia núm. 145/2014 de 6 de mayo, FJ 2º.

²⁶⁸ SAP de Murcia (Sección 2ª). Sentencia núm. 450/2015 de 6 de octubre.

peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.»²⁶⁹

Finalmente, existe una modificación que entró en vigor el 1 de enero de 2016 mediante la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. La reforma, dispuesta por la DA 1ª a), es de una gran relevancia puesto que cualquier cantidad que entregue un comprador de vivienda antes de que el promotor o la cooperativa tengan concedida la licencia de obra no estará garantizada por ley, razón por la cual no parece, de nuevo, que el legislador unifique criterios en torno a la misma cuestión. Dicha reforma se ha publicado en el BOE con fecha de 15 de julio de 2015. Esta modificación podría provocar una total desprotección para el comprador de buena fe, quien en cualquier caso debe confrontar la situación del inmueble con la legalidad, y un conflicto con la reforma operada en el art. 108 LRJCA.

En definitiva, el término “motivadamente” y el verbo “podrán” abren las puertas al criterio jurisdiccional para esta medida real que busca eliminar el posible lucro y que se haga uso y disfrute del objeto ilícito, además de recuperar la realidad alterada y de excluir la posible perpetuación de la materialización de la infracción.

2. La reposición

Los art. 110 y 112 CP son los referidos a la reparación del daño y el art. 339, con la obligación de restaurar el equilibrio ecológico alterado, es el paso previo a que se incluya esta medida real junto a la demolición desde 2010: « (...)la reposición a su estado originario de la realidad física alterada (...)» dice el 319.3, pero como ocurre con la demolición, « (...) los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho (...)». Se interpreta que, por ese mismo carácter potestativo, no puede considerarse una forma de responsabilidad civil del delito sabiendo que todo delito o falta va aparejado por la misma de forma inexcusable (art. 109 CP) y no a criterio del Tribunal, como la reposición o la demolición. Habrá también que atender al art. 42 RDLTRLS y 56 RDLTRLSRU, pues ambos aluden a la reposición de la realidad física alterada como ajena a la misma medida en el CP, pues así se desprende del texto literal: « La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa sin

²⁶⁹ La propuesta, aceptada, emana de las Enmiendas del Senado mediante mensaje motivado: «Se pretende con ello mejorar técnicamente la redacción de dicho precepto y dar adecuada protección a los derechos de terceros de buena fe, en términos análogos a los del apartado 3 del artículo 319 del Código Penal, por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo».

perjuicio de la adopción de medidas de reposición a la situación anterior a la comisión de la infracción.»

A pesar de la distinción legal, en la mayoría de ocasiones demolición y reposición se aplican por la jurisprudencia entendidas como sinónimas tanto para el orden Penal como para el Contencioso-Administrativo: « *Ordenando la ejecución de las obras de restauración del orden infringido al objeto de restablecer la realidad física alterada a su estado original previo a la comisión de la infracción, esto es demoler la obra realizada sin licencia.*», STSJ de Murcia 744/2015, FJ 1º²⁷⁰.

La reposición también ha venido a considerarse la adecuación de las obras al contenido de la licencia: « *(...) restauración de la realidad alterada de las obras (...), mediante su adecuación a la licencia en su día otorgada y la demolición de las obras no susceptibles de legalización.*», como así lo expresa la SJCA de Tarragona 199/2015 en su FJ 1º²⁷¹. Es ésta también la opinión de la STSJ de Andalucía 1207/2013²⁷² al afirmar que: « *el legislador impone (...) la adopción de la medida de reposición de la realidad física alterada restituyéndola a su situación anterior a la ejecución de la obra mediante la demolición de lo indebidamente ejecutado, sin licencia y en contra de la ordenación urbanística vigente.*», FJ 4º. Con el concepto de “reposición” parece ser que lo que aquí pretende el legislador penal es aludir a la retirada de escombros derivados de la demolición, así como la reforestación, etc.²⁷³

De otro lado, no deja de ser llamativa la SJP de Melilla 79/2015, pues considera la recuperación del estado original del terreno como responsabilidad civil, incluyendo la demolición y demás operaciones para restaurar la realidad física alterada²⁷⁴.

Finalmente, se viene a decir que la expresión “en cualquier caso” puede llevar a confusión creyendo que es un imperativo, sin embargo, el legislador convierte esta medida en potestativa cuando utiliza el término “motivadamente” y el verbo “podrán”. Si bien, en el art. 339 CP, insertado en las Disposiciones Comunes del Título XVI, sí que parece de forzosa aplicación, síntoma de su carácter necesario para restaurar el

²⁷⁰ STSJ de Murcia (Sección 1ª). Sentencia núm. 744/2015 de 4 de septiembre de 2015.

²⁷¹ SJCA de Tarragona (Sección: 2ª). Sentencia núm. 199/2015 de 14 de julio.

²⁷² STSJ de Andalucía (Sección: 2ª). Sentencia núm. 1207/2013 de 30 de octubre.

²⁷³ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 291.

²⁷⁴ SJP de Melilla (Sección 2ª). Sentencia núm. 79/2015 de 30 de julio.

“equilibrio ecológico alterado”, pero también, y aquí viene otro foco de debate: « (...) cualquier *otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título.*». Por tanto, puede que se haga referencia, por una parte, a los daños medioambientales que pueda causar un delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo como uno contra el patrimonio histórico; y, por otra, que se dote al Tribunal de un nuevo instrumento para hacer prevalecer la recuperación del bien jurídico lesionado en referencia a medidas cautelares.

3. El comiso

Figura ya prevista en el art. 127 CP como consecuencia accesoria del delito, pero desde 2010, presente también en el número tres del art. 319.

En alusión al: « *decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*» que ahora impone el 319.3, la SAP de Cáceres 94/2015 ratificó el pronunciamiento del JP Nº 2 de Cáceres que al sentenciar ordena: «*Se decreta la demolición de la construcción a costa de los condenados. Abónense las medidas cautelares acordadas para el cumplimiento de la pena y dense a los efectos del delito, en caso de haberlos, el destino legal, incluido el comiso de los instrumentos y ganancias del delito.*»²⁷⁵ (AH 1º). Semejante es la SAP de Huelva 301/2014²⁷⁶, ratificando la SJP de Huelva de 11 de septiembre de 2013: « (...) *se acuerda la demolición, a costa del condenado, de la edificación realizada y el comiso de las ganancias obtenidas cualesquiera que sean las transformaciones experimentadas.*» (AH 2º). En sentido equivalente, la SAP de Cádiz 43/2013²⁷⁷, avalando la SJP de Cádiz de 31 de julio de 2012: « (...) *dejando el terreno sobre el que se asienta en el estado anterior a la comisión del delito, decretándose el comiso de los efectos, bienes, medios o instrumentos del delito, más las costas del procedimiento.*» (HP Único). Simultáneamente, la SAP de Cáceres 186/2014²⁷⁸ valida la resolución del Juzgado de lo Penal de Cáceres de 30 de enero de 2014: « (...) *y dense a los efectos del delito, en caso de haberlos, el destino legal, incluido el comiso de los instrumentos y ganancias del delito.*» (FH 1º).

En la citada jurisprudencia resulta imposible de aplicación el 319.3 en cuanto al comiso porque su entrada en vigor se ha producido el 1 de julio de 2015. Con ello se

²⁷⁵ SAP de Cáceres (Sección: 2ª). Sentencia núm. 94/2015 de 5 de marzo.

²⁷⁶ SAP de Huelva (Sección: 1ª). Sentencia núm. 301/2014 de 29 de septiembre.

²⁷⁷ SAP de Cádiz (Sección 4ª). Sentencia núm. 43/2013 de 22 de febrero.

²⁷⁸ SAP de Cáceres (Sección 2ª). Sentencia núm. 186/2014 de 28 de abril.

demuestra que ya el comiso era aplicable a estos delitos en sede del art. 127. No obstante, empíricamente se ha visto que las ganancias a las que se refiere estaban ya enumeradas también en el art. 127. Si se compara el texto de un precepto y otro, el 127.1 y 2 *in fine* es literalmente idéntico al 319.3. Ahora bien, el 127 *bis* puede reputarse relacionado con los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo del 319 y el 320 fijando la atención en el comiso de bienes de personas condenadas por blanqueo de capitales, cohecho y malversación, entre otros en un *numerus clausus* del artículo 127 *bis*, por las posibles relaciones concursales entre unos y otros. Igualmente, el hecho de que la edificación cede al suelo no debería ser impedimento para el comiso del terreno en caso de que éste no fuera separable de la obra realizada, pues sin duda es instrumento para la comisión del delito.

VIII. FORMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Hay que partir de la relación del sujeto con el acuerdo doloso previo y la responsabilidad de cada uno de los involucrados dependerá de las condiciones de dicho acuerdo y no del *iter* propio del tipo²⁷⁹.

Estas conductas se llevan a cabo en régimen de autoría²⁸⁰. Como sujetos activos pueden actuar los previstos en el art. 319 de forma autónoma²⁸¹. A su vez cabe la co-ejecución cuando el sujeto activo sea distinto del promotor²⁸². Del mismo modo si promotor y constructor son la misma persona que actúa junto al director técnico, los dos sujetos concurren en sede de coautoría²⁸³.

Cuando intervienen todos los sujetos previstos con acuerdo previo de voluntades en una relación horizontal, la responsabilidad penal puede surgir desde la perspectiva de la coautoría de todos, pues se reparte el trabajo y se unen esfuerzos²⁸⁴. Empero, el

²⁷⁹ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los delitos urbanísticos*, p. 295.

²⁸⁰ SÁNCHEZ ROBERT, M^a J., *El delito urbanístico. El artículo 319 del Código Penal español*, p. 268.

²⁸¹ DE VEGA RUIZ, J. A., *Delitos contra el medio ambiente, la ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código Penal de 1995*, p. 119, seguido por SÁNCHEZ ROBERT, M^a J., *El delito urbanístico. El artículo 319 del Código Penal español*, p. 268.

²⁸² SÁNCHEZ ROBERT, M^a J., *El delito urbanístico. El artículo 319 del Código Penal español*, p. 268.

²⁸³ SÁNCHEZ ROBERT, M^a J., *El delito urbanístico. El artículo 319 del Código Penal español*, p. 269.

²⁸⁴ SÁNCHEZ ROBERT, M^a J., *El delito urbanístico. El artículo 319 del Código Penal español*, p. 269. En sentido semejante: DE VEGA RUIZ, J. A., *Delitos contra el medio ambiente, la ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código Penal de 1995*, p. 118.

simple acuerdo resulta impune²⁸⁵. La coautoría sólo exige realización conjunta desde el punto de vista normativo²⁸⁶.

En los supuestos de confusión de sujetos promotores y constructores sin dirección técnica, sólo habrá un autor inmediato según el art. 28 CP²⁸⁷. Por último, si este sujeto concierta su actividad con un director técnico no habilitado, será partícipe y previsiblemente autor de delito o falta de intrusismo laboral²⁸⁸. DE VEGA RUIZ entiende que, incluso, pueden concurrir las tres funciones en un mismo sujeto²⁸⁹.

Ya en aquellos casos en que el constructor no participa del acuerdo de promotor y técnico director, no se le puede exigir responsabilidad penal²⁹⁰. Cuando el constructor y el técnico director no conozcan, por ejemplo, que la licencia fue denegada o es ilícita, el promotor sería autor exclusivo²⁹¹.

Y en lo que a los trabajadores (albañiles, peones, escayolistas, etc.) se refiere, no tienen responsabilidad penal porque no tienen razón de conocer la calificación jurídica de los terrenos si no se confunden con los otros sujetos²⁹².

En cuanto a la persona jurídica, incluida por el 319.4, puede ser responsable penalmente de estos delitos. Como sostiene SÁNCHEZ ROBERT, se trata de los casos de que *«el responsable del delito sea una empresa constructora o promotora, en el que sería ya una persona jurídica la que delinque y no una persona individual (ya sea un particular o profesional de la construcción), como era habitual antes de la reforma»*²⁹³ y es en la actualidad la forma de persona jurídica privada el supuesto más extendido²⁹⁴. Pueden observarse dos supuestos: aquél *«en el que responsables del delito serán los*

²⁸⁵ SÁNCHEZ ROBERT, M^a J., *El delito urbanístico. El artículo 319 del Código Penal español.*, p. 270.

²⁸⁶ SÁNCHEZ ROBERT, M^a J., *El delito urbanístico. El artículo 319 del Código Penal español.*, p. 270.

²⁸⁷ SÁNCHEZ ROBERT, M^a J., *El delito urbanístico. El artículo 319 del Código Penal español.*, p. 270.

²⁸⁸ SÁNCHEZ ROBERT, M^a J., *El delito urbanístico. El artículo 319 del Código Penal español.*, p. 270.

²⁸⁹ DE VEGA RUIZ, J. A., *Delitos contra el medio ambiente, la ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código Penal de 1995*, p. 118.

²⁹⁰ SÁNCHEZ ROBERT, M^a J., *El delito urbanístico. El artículo 319 del Código Penal español.*, p. 270.

²⁹¹ DE VEGA RUIZ, J. A., *Delitos contra el medio ambiente, la ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código Penal de 1995*, p. 118.

²⁹² DE VEGA RUIZ, J. A., *Delitos contra el medio ambiente, la ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código Penal de 1995*, p. 119.

²⁹³ SÁNCHEZ ROBERT, M^a J., “La persona jurídica en los delitos del artículo 319 del Código Penal”, *Anales del Derecho*, núm. 30, 2012, pp. 215-253, p. 226. Disponible: <http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/157701/143351> (Consultado: 29/09/2015).

²⁹⁴ VV.AA., “Delitos sobre la ordenación del territorio”, en GANZENMÜLLER ROIG, C. ESCUDERO MORATALLA, J.F., y FRIGOLA VALLINA, J. (Dir., y Coords.), *Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva (delitos de riesgo catastrófico e incendios)*, ed. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 11-88, p. 46

*administradores legales de la sociedad que actúen de hecho o de derecho, y que representarán a la persona jurídica en el ejercicio de sus funciones o bien en su provecho»*²⁹⁵; y los delitos cometidos por los empleados dependientes de los administradores de la sociedad, donde se abre una doble causa: falta de control o defecto de organización, y en segundo lugar, que el delito se haya cometido en el ejercicio de las actividades normales de la empresa y por su cuenta o provecho²⁹⁶.

IX. CONCURSOS

1. Con el art. 325: delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

La mencionada STS 1182/2006 considera un concurso entre el artículo 319.1 y el 325 al construir un almacén, extraer roca, implantar cinco torres metálicas de conducción eléctrica, invadir la vía pecuaria y eliminarla en algunos tramos o desplazando los mismos, roturar el suelo, verter escombros, construir una balsa, depósitos de tierra y abrir una red de caminos para el tránsito de transporte pesado en un área forestal protegida. Resolvió observando que, los bienes jurídicos contenidos en ambos artículos son tan próximos, que coinciden:

(...) si la conducta consistente en construir sin autorización configura el delito contra la ordenación del territorio del art. 319.1, es porque esa actividad constructora se realiza en una zona de valor ecológico y considerada de especial protección precisamente por ese valor ecológico que la norma quiere preservar. Y desde luego, ese mismo bien jurídico es el que tutela el art. 325 en su vertiente de proteger el equilibrio de los sistemas naturales, cuya significación ecológica no admite duda. (FJ 11º).

Por ende, argumenta que al: *«(...) sancionar separadamente ambos delitos, se ha producido una vulneración del principio "non bis in idem" (...)»* (FJ 11º) y que los hechos son constitutivos de: *«(...) concurso de delitos que debe resolverse con arreglo al art. 8.4º C.P, de manera que los hechos serán castigados con arreglo al art. 325 por ser el tipo más grave, excluyéndose el 319, sancionado con menor pena.»* (FJ 11º). Ahora bien, la LO 1/2015 ha cambiado las tornas y es el delito del 319 el que tiene

²⁹⁵ SÁNCHEZ ROBERT, Mª J., “La persona jurídica en los delitos del artículo 319 del Código Penal”, cit., p. 227.

²⁹⁶ SÁNCHEZ ROBERT, Mª J., “La persona jurídica en los delitos del artículo 319 del Código Penal”, p. 227 y 228.

mayor pena, por lo que la aplicación del principio de alternatividad sería en favor del art. 319.

Del mismo parecer respecto a este concurso se muestra la SAP de Sevilla 4/2011²⁹⁷ (FJ 4º), cuando sin licencia ni informes ambientales de ningún tipo se construyeron dos pasos de agua o aliviaderos, más un puente y se ejecutaron movimientos de tierra que afectaron seriamente el cauce de un arroyo, eliminando por desbroce y quema la vegetación de los márgenes. A su vez se pronuncia la SAP de Castellón 3/2006²⁹⁸ a favor de un concurso ideal entre el 319.1 y el 325, aseverando además que se trata de bienes jurídicos diferentes: «*No hay concurso de normas, porque los bienes jurídicos afectados, aún muy próximos y en similar línea de ataque, son distintos (...)*». (FJ 5º).

En relación con la actual pena de prisión del art. 325 CP (de seis meses a dos años), la prisión aplicable por la letra del art. 319.1 resulta mayor tanto por su base como por su máximo. En particular, la redacción anterior del art. 325 establecía pena de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años. Vista la diferencia entre ambos preceptos, desde aquí se explica que el art. 319.1 tenga una doble afección: su función tuitiva no es sólo de la ordenación del territorio y el urbanismo, sino también tutela el suelo (art. 325.1 *in fine*), su objeto material de protección, como recurso natural y parte integrante del medio ambiente.

Lo dicho supone que las conductas tipificadas en el art. 325.1 (aterramientos, vertidos, vibraciones, ruidos, excavaciones y extracciones, depósitos, etc.) mantienen una estrecha relación con las conductas del art. 319, razón por la que lo que los comportamientos típicos de éste último son idóneos para lesionar el bien jurídico del medio ambiente.

2. Con el art. 323: delitos sobre el patrimonio histórico

Aprecia concurso ideal la SAP de Gran Canaria 56/2012²⁹⁹ entre un delito sobre la ordenación del territorio del 319.1, un delito de daños contra el patrimonio histórico del 323 y un delito del art. 320 CP (FJ 15º): « (...) *no podemos obviar el concurso de infracciones con los delitos contra la ordenación del territorio y la propia*

²⁹⁷ SAP de Sevilla (Sección 7ª). Sentencia núm. 4/2011 de 2 de febrero.

²⁹⁸ SAP de Castellón (Sección 2ª). Sentencia núm. 3/2006 de 30 de enero.

²⁹⁹ SAP de Gran Canaria (Sección 1ª). Sentencia núm. 56/2012 de 26 de marzo.

prevaricación administrativa (...)». Los hechos delictivos son unas obras en sitio histórico para que las que se recurrió a la emisión de informes favorables del art. 320.1, ratificando la vía de la resolución aplicando la pena más elevada. El criterio de la idoneidad de los delitos del art. 319 para lesionar los bienes jurídicos del patrimonio y del medio ambiente y recursos naturales queda así ratificado.

3. Con el art. 556: delito de desobediencia grave

También puede resultar de aplicación el delito de desobediencia del art. 556 CP junto a la demolición en respuesta a los delitos del art. 319. Así la SAP de Jaén 164/2014³⁰⁰ opta por ordenar la demolición y condenar por desobediencia: « (...) *por hacer caso omiso a las órdenes de paralización debidamente notificadas (...)*». La SAP de Cáceres 493/2015 exigió para considerar que existía delito de desobediencia: expediente sancionador incoado, notificación de paralización de la obra, acuerdo de demolición y continuar la obra a pesar de hallarse precintada³⁰¹.

Partiendo de esta aplicación conjunta, la SAP de Córdoba 277/2005³⁰² hace referencia al concurso del delito sobre la ordenación del territorio y el de desobediencia del art. 556 en una relación ideal medial por afectar la conducta a bienes jurídicos distintos y previstos en el delito de desobediencia y en el delito sobre la ordenación del territorio al continuar una obra en un espacio de especial protección. Esta explicación aparece detallada en el FJ 2º, apreciando que: « (...) *un mismo hecho (la continuación de la obra) constituya dos o más infracciones penales (...)*», con lo que resulta de aplicación el art. 77 CP. En sentido equivalente, la SAP de Pontevedra 59/2005³⁰³ ante desobediencia y sobre la ordenación del territorio: (...) *Non resulta necesario o concurso dun específico dolo diverso do que a mesma actuación do acusado pon de manifesto canto que obxectivamente constatable neseseu comportamento (...)* (FJ 3º).

4. Con el art. 350: delitos de resultado catastrófico

Plantea ACALE SÁNCHEZ la posibilidad de contemplar el concurso real con el art. 350 CP³⁰⁴ por alusión a los aquellos supuestos en que: «*la apertura de pozos o excavaciones, en la construcción o demolición de edificios, presas, canalizaciones u obras análogas o, en su conservación, acondicionamiento o mantenimiento infrinjan las*

³⁰⁰ SAP de Jaén (Sección 3ª). Sentencia núm. 164/2014 de 13 de mayo.

³⁰¹ SAP de Cáceres (Sección 2ª). Sentencia núm. 493/2015 de 9 de noviembre.

³⁰² SAP de Córdoba (Sección 2ª). Sentencia núm. 277/2005 de 26 de mayo.

³⁰³ SAP de Pontevedra (Sección 2ª). Sentencia núm. 59/2005 de 22 de abril.

³⁰⁴ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 298.

normas de seguridad establecidas cuya inobservancia pueda ocasionar resultados catastróficos, y pongan en concreto peligro la vida, la integridad física de las personas o el medio ambiente.», según establece este precepto. Esto supone que, para estos casos, es necesario recordar que la autoría es especialmente de los profesionales de la construcción, por su indudable posición de garante y su obligación de mantener la seguridad y así lo expresan DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ³⁰⁵. Sin embargo, no hay que excluir a los particulares no profesionales, aunque a estos efectos haya que exigirles menos rigor por su condición personal.

5. Con los arts. 391 y 392: delitos de falsedad documental

Por su parte, la STS 901/2012³⁰⁶ sostuvo concurso medial de delito contra la ordenación del territorio del 319.1 con el delito de falsedad documental en documento oficial del 392 y 391.1, 2 y 3. No obstante, apreció concurso real en un supuesto análogo la citada SAP de Islas Baleares 120/2012. Aquí se opta por el concurso medial puesto que los documentos falseados son instrumento para cometer el delito y que el art. 319 habla de llevar a cabo obras, no de falsear licencias u otros documentos relativos a su concesión, aunque como actos externos, ya se ha señalado que pondrían en riesgo el bien jurídico ordenación del territorio.

X. SISTEMA DE PRESCRIPCIÓN

Actualmente, en atención a la letra del art. 131 CP desde la reforma de 2010, los delitos del 319 tendrán un tiempo de prescripción de cinco años. Estos cinco años eran antes de la LO 5/2010 solamente tres y quedaban por debajo de la prescripción de las infracciones administrativas³⁰⁷. El Tribunal Supremo entiende que mientras las obras estén ejecutándose no puede empezar a contarse el tiempo de prescripción del delito³⁰⁸. Asimismo la SAP de Ciudad Real 98/2012³⁰⁹ empieza a contar el tiempo de prescripción del delito desde que se termina la construcción principal (vivienda en este caso), aunque posteriormente se inicien obras conexas como piscinas. La opinión contraria considera que la situación ilegal es perpetua y no temporal hasta que se

³⁰⁵ DEL ARCO TORRES, M. A. / PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción (Aspectos administrativos, civiles y penales)*, p. 623.

³⁰⁶ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 901/2012 de 22 de noviembre.

³⁰⁷ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 295.

³⁰⁸ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 148/2015 de 18 de marzo, FJ 4º.

³⁰⁹ SAP de Ciudad Real (Sección 2ª). Sentencia núm. 98/2012 de 27 de junio, FJ 4º.

termina la construcción, sino hasta la concesión de licencia en sanatoria u orden de demolición³¹⁰, propuesta más práctica y adecuada a la postura aquí expuesta.

ACALE SÁNCHEZ entiende que debe analizarse cada caso para determinar el inicio del cómputo de la prescripción del delito, pues al reputarse como delitos permanentes la lesión al bien jurídico se extiende desde los primeros actos de ejecución hasta la finalización de las obras³¹¹. Si bien la actividad ilícita se detiene al detener las obras, el bien jurídico permanecerá dañado hasta que no se restaure el orden jurídico y la realidad precedente³¹². Este mismo razonamiento se encuentra en la STS 1182/2006, pues también entiende la existencia de un delito permanente y que no se puede iniciar cómputo alguno de prescripción del delito hasta que no se termine la última obra de un complejo. En esta línea se sitúa la SAP de Ciudad Real 39/2012³¹³ al incidir en que la consumación estará completa, como delito permanente, cuando se hayan ejecutado todos los actos de ejecución (vivienda, porche, piscina, baldosas del acerado y construcción de una barbacoa), por lo que cualquier obra, aun parcial o simple, puede ser tenida en cuenta para el *dies a quo*. Esta última sentencia prescinde de entrar en detalles sobre el concepto de edificación por abarcar el global de la obra.

De la lectura conjunta de los arts. 131 y 133 CP se advierte que, desde la reforma de 2010 y, todavía ahora con la de 2015, se hace una equiparación de cinco años para la prescripción del delito y otros tantos para la pena.

Así pues, mientras exista actividad constructiva o edificadora en torno a las obras ilícitas, puede extenderse el momento de consumación y retrasar el inicio del cómputo para la prescripción del delito.

Inclusive ha de reseñarse que para interrumpir el plazo de prescripción del delito no son suficiente querrela ni denuncia: se necesita resolución judicial en la que se verifique juicio positivo de imputación (mera posibilidad del hecho punible) con identificación del posible responsable, o del que quiera o resulte su eventual identificación (SAP de Islas Baleares 257/2015).

³¹⁰ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 295.

³¹¹ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 296.

³¹² ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 296.

³¹³ SAP de Ciudad Real (Sección 1^a). Sentencia núm. 39/2012 de 1 de marzo, FJ 3^o.

Capítulo tercero. Delito especial sobre la ordenación del territorio del art. 320

I. BIEN JURÍDICO

En consonancia con el «*bien jurídico categorial*» al que aluden GORRIZ ROYO y GONZÁLEZ CUSSAC³¹⁴, de la función pública, pueden estipularse como sus continentes los arts. 103 y 106 CE, de los cuales se infiere que es obligado que toda actuación administrativa se rija por el compromiso de basarse en la objetividad, los intereses generales, la Ley, el Derecho y el principio de legalidad³¹⁵. A este respecto ACALE SÁNCHEZ va más lejos cuando, a la ordenación del territorio y la función pública, suma todos los bienes jurídicos amparados en el Capítulo I: ordenación del territorio y urbanismo, patrimonio histórico y medio ambiente dependiendo del suelo afectado³¹⁶, pues como ya se dijo respecto del art. 319, las conductas tipificadas en el 320 son idóneas para lesionar todos los bienes jurídicos del Capítulo.

En suma, explica GORRIZ ROYO que se está en sede del 320 ante una tutela concurrente de «*el interés público por el correcto funcionamiento de la función administrativa en el ámbito urbanístico*» y «*el interés por una utilización racional del suelo que permita orientar este recurso natural al destino que según la ley y el Derecho le corresponde conforme a su naturaleza*»³¹⁷.

Paralelamente GÓMEZ RIVERO entiende que la ofensa al bien jurídico colectivo de la ordenación del territorio desde el art. 320 forma un delito de peligro abstracto³¹⁸. Por su parte, ACALE SÁNCHEZ sólo aprecia un peligro abstracto en el 320.1, considerando de peligro concreto las conductas del 320.2 puesto que el 320.1 entraña, en principio, unas conductas más alejadas de la lesión del bien jurídico, aunque reserva la posibilidad de que emitir un informe pueda resultar más perjudicial para el bien jurídico que votar o resolver³¹⁹.

³¹⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, cit., p. 22; seguido por GORRIZ ROYO, E., cit., p. 123.

³¹⁵ TRENZADO ASENSIO, M^a J., *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: la prevaricación urbanística*, p. 88.

³¹⁶ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 309.

³¹⁷ GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, cit., p. 124.

³¹⁸ GÓMEZ RIVERO, M^a C., *El régimen de las autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, p. 74.

³¹⁹ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 309.

De resultas, hay que advertir, según GORRIZ ROYO, que no son iguales los ataques al bien jurídico «*categorial*» que al bien jurídico colectivo de la ordenación del territorio³²⁰. Afirma esta misma autora que en el art. 320 se contiene delitos de mera actividad que, *per se*, lesionan al bien jurídico³²¹ sin subordinarse a un resultado.

Por último, como ya se estudió en con el artículo 319, también en el 320 existe una evidente accesoriedad del Derecho Administrativo por cuanto se refiere a toda la normativa de un sector de esta rama del Ordenamiento como es la referida a la ordenación del territorio³²².

II. TIPO OBJETIVO

1. Conductas típicas

1.1. Art. 320.1 CP

1.1.1 Emitir informe favorable

Cuando se emite un informe, el funcionario suministra un criterio técnico que persigue servir al órgano competente para resolver, es decir, como medio de comprobar la adecuación a la legalidad urbanística³²³. Es así que no se está ante ningún acto de contenido resolutorio y por tanto no cabe hablar en puridad de prevaricación³²⁴. Ahondando en esta cuestión, ÚBEDA TARAJANO recuerda que la doctrina administrativista no incluye los informes entre los actos administrativos³²⁵. Aprecia GÓMEZ TOMILLO que esta acción sólo será típica en el momento en que se convierta en un acto de participación en otro delito, especialmente en el caso de acuerdo previo entre el informante y el que resuelve³²⁶, aunque no parece desprenderse este razonamiento si se parte del contenido literal del propio art. 320.1 CP. La razón

³²⁰ GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, p. 124.

³²¹ GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, p. 124 y 125.

³²² ERICE MARTÍNEZ, E., “Prevaricaciones urbanísticas: accesoriedad y subsidiariedad del Derecho Penal”, p. 71.

³²³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R., “La prevaricación urbanística. Artículo 320 del Código Penal”, en *Revista Jurídica de Canarias* (26), 2012, sin paginar. Disponible: <http://0-www.tirantonline.com.diana.uca.es/tol/documento/lectura/2591714> (Consultado: 07/10/2015).

³²⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R., “La prevaricación urbanística. Artículo 320 del Código Penal”.

³²⁵ ÚBEDA TARAJANO, F. E., *La responsabilidad por el otorgamiento de licencias ilegales*, ed. Iustel, Madrid., 1996, p. 155.

³²⁶ GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo, Función pública y Derecho Penal*, ed. Comares, Granada, 2000, p. 89.

principal, en resumen, para que las conductas del 320.1 no opten a ser valoradas como prevaricadoras, es que quien emite dicho informe carece de potestad resolutoria³²⁷ y no expresa voluntad o pone fin a un proceso, además de que no son recurribles.

Corriente contraria contiene la SAP de Tenerife 492/2014³²⁸, que valora como resoluciones: « (...) los informes, consultas, dictámenes o diligencias (...)». Paralelamente se ha pronunciado la SJP de Ourense 2/2016 al considerar resoluciones: el informe del abogado asesor externo de la Concejalía de Urbanismo, la providencia por la se inició expediente de legalización así como el escrito de la titular de Urbanismo por el que se propuso la concesión de unas licencias de obras y ocupación a la Junta de Gobierno Local (FJ 5º)³²⁹.

Se viene a considerar esta conducta tipificada como delito de mera actividad por la mayor parte de la jurisprudencia, como así planteó el Supremo por medio de su sentencia 568/2014³³⁰: *«De manera que, dado el carácter de delito de mera actividad, que se consuma con la sola emisión de tales informes, sin necesidad de que éstos den lugar a Resolución administrativa alguna»*. De la misma opinión resulta NÚÑEZ SÁNCHEZ que entiende que la emisión de informes, que se produce en fase de tramitación de los expedientes administrativos, son delitos de mera actividad que no requieren la producción de un resultado y que suponen un peligro abstracto con respecto al bien jurídico ordenación del territorio con la exclusión de que se produzca: *«mediando connivencia o no, la fase decisoria de la persona u órgano administrativo competente (...)»*³³¹.

Ahora bien, parece que no ha sido tenido en cuenta el legislador el caso contrario: que la emisión del informe determine la denegación de la licencia que deviene lícita³³², pero cabe aclarar que con ello no se está siquiera poniendo en peligro

³²⁷ ÚBEDA TARAJANO, F. E., *La responsabilidad por el otorgamiento de licencias ilegales*, p.147.

³²⁸ SAP (Sección 2ª). Sentencia núm. 492/2014 de 18 de noviembre, FJ 5º.

³²⁹ SJP de Ourense (Nº 2). Sentencia núm. 2/2016 de 7 de enero.

³³⁰ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 568/2014 de 7 de julio, FJ 4º.

³³¹ NÚÑEZ SÁNCHEZ, A., “Las medidas cautelares en los delitos contra la Ordenación del Territorio. Especial referencia a su anotación registral. Los complejos delictivos de conductas susceptibles de integrar los requisitos típicos del artículo 319 CP., los de falsedad documental y estafa”, *Encuentro de Magistrados de los Órdenes Jurisdiccionales Penal y Contencioso-Administrativo con Fiscales adscritos de forma más permanente a los asuntos de cada una de estas jurisdicciones*, pp. 5-25, cit., p. 22. De opinión próxima: GORRIZ ROYO, Mª C., *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., p. 266.

³³² GÓMEZ RIVERO, Mª C., “La reforma de los delitos urbanísticos: luces, sombras y oscuridades en materia de corrupción”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 14, 2010, p. 1-19, cit., p. 10.

la ordenación del territorio pues en este caso no se trata de informe favorable a la concesión de licencia que sería el camino para posibilitar las obras con apariencia de licitud. Simultáneamente, se podría interpretar que tampoco parece tipificable la conducta de emitir informe desfavorable puesto que, en la misma línea, ningún daño hace a la ordenación del territorio³³³. En particular, existe también la probabilidad de que, partiendo de la literalidad de la ley, sea lícito el informe sobre el proyecto en cuestión, pero no acerca de la misma licencia de la que se solicita la concesión³³⁴.

Al mismo tiempo, ACALE SÁNCHEZ especifica que el art. 320.1 CP abarca cualquier licencia, incluyendo la demolición establecida en el art. 63 RDUU. Con ello conduce la situación hacia el proyecto de derribo o alteración de inmuebles integrantes del patrimonio histórico. Esta puntualización se bifurca en dos sucesos posibles: informar favorablemente el dictamen en favor al plan de derribo o la alteración de inmueble parte del patrimonio cultural, conducta sancionada en el art. 322 CP; o hacer lo mismo, pero a favor de licencia para ejecutar el derribo o alteración, ante lo cual se estaría en sede del 320.1³³⁵

En cuanto a la cuestión sobre si el informe carece de fuerza vinculante o no, la respuesta resultaría indiferente porque sólo es penalmente relevante el hecho de que se genere una licencia en base al mismo, en opinión de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE³³⁶, pero no es tal la literalidad de la ley y es ésta por la que se opta como consideración personal. Por tanto, lo más acertado es considerarla suficiencia de los informes para lesionar los bienes jurídicos en juego y la del comportamiento del sujeto informante al emitir su dictamen fuera de la legalidad³³⁷ sin subordinar la tipicidad a la concesión de la licencia. Fuera de la tipicidad del art. 320.1 quedarían, siguiendo a ÚBEDA TARAJANO, los que no se pronuncien de forma favorable o lo hagan de forma imprecisa y vaga³³⁸.

Disponible: <http://0-www.iustel.com.diana.uca.es/v2/b.asp?texto=LA%20REFORMA%20DEL%20DELITO%20URBAN%20C%20DSTICO%20LUCES%20SOMBRA%20Y%20OSCURIDADES%20EN%20MATERIA%20DE%20CORRUPCI%20D3N> (Consultado: 02/10/2015).

³³³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R., “La prevaricación urbanística. Artículo 320 del Código Penal”.

³³⁴ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 323.

³³⁵ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 321.

³³⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R., “La prevaricación urbanística. Artículo 320 del Código Penal”.

³³⁷ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 324.

³³⁸ ÚBEDA TARAJANO, F. E., *La responsabilidad por el otorgamiento de licencias ilegales*, p. 158.

1.1.2 Silenciar infracciones detectadas u omitir las inspecciones obligatorias

Esta posibilidad de la responsabilidad penal del funcionario que no realiza una inspección o que omite el descubrimiento de la misma, tiene el margen propio de la comisión por omisión³³⁹. Como se desprende de la lectura del art. 11 CP, lo cierto es que la requerida posición de garante del bien jurídico existe en la medida en que su status personal queda marcado por la obligación de perseguir las infracciones y denunciarlas. Aparte, la comisión por omisión también necesita que se trate de delitos de resultado y que la omisión sea correspondiente a su causación³⁴⁰. Sin embargo, en este escenario los delitos analizados son de mera actividad.

Ahora bien, GAMERO RUIZ no duda en calificar esta conducta como prevaricación omisiva en razón del: *«deber cualificado de denunciar las infracciones de que tengan conocimiento por razón de su cargo»*³⁴¹ que tienen funcionarios y autoridades, en este caso Inspectores de Urbanismo y agentes del SEPRONA. Con todo, parece más conveniente su razonamiento cuando hace hincapié en que: *«los actos de inspección son actos instrumentales, preparatorios de posteriores decisiones administrativas: bien para acometer un procedimiento de protección de la legalidad, medidas sancionadoras o de revisión de actos nulos.»*³⁴². Con este mismo argumento de GAMERO RUIZ, la conducta de no denunciar infracciones o no acometer las inspecciones procedentes no puede equivaler a una prevaricación, pues ha de añadirse a lo señalado, que no existirá en estos casos una resolución administrativa³⁴³.

Si bien, antes de que el Código Penal insertara esta novedad, había que reconducirse al art. 408 en virtud del deber de todo funcionario o autoridad de promover la persecución de delitos en general o de los responsables de aquellos de los que tuviera conocimiento³⁴⁴.

³³⁹ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 305.

³⁴⁰ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 305.

³⁴¹ GAMERO RUIZ, E., “La Inspección Urbanística en Andalucía”, Portal Adriano, cit., p. 5. Disponible: http://www.juntadeandalucia.es/justicia/portal/adriano/.content/recursosexternos/fomacion_juecesGAMERO.pdf (Consultado: 25/10/2015).

³⁴² GAMERO RUIZ, E., “La Inspección Urbanística en Andalucía”, cit., p. 6.

³⁴³ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 357.

³⁴⁴ GARCÍA PLANAS, G., *El delito urbanístico (Delitos relativos a la ordenación del territorio)*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 86.

1.2. Art. 320.2 CP

1.2.1 Votar o resolver favorablemente

Existe un debate abierto en la doctrina acerca del momento de la consumación de este tipo delictivo, siendo el núcleo de la controversia, tal y como afirma BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, si a estos efectos resulta relevante que se ejecuten las obras³⁴⁵, pero de nuevo en atención a letra del artículo, la conducta se agota en votar o resolver, no requiriendo otorgar la licencia ni ejecutar las obras o aprobar el proyecto.

En consecuencia, el párrafo segundo expresa que, se conceda la licencia, se apruebe el proyecto o no, se consuma igual el delito, con lo cual lo que hace es una anticipación de la materialización del delito a la ocasión en que el informe favorable o voto a favor pongan en riesgo la ordenación del territorio³⁴⁶. Todavía más, la tipicidad permanecerá intacta incluso con voto negativo mayoritario puesto que no se exige que se conceda la licencia³⁴⁷.

Esta conducta de votar o resolver, expone BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, puede contemplarse como prevaricadora en esencia con los matices de “votar a favor” cuando se trate de órgano colegiado y “resolver favorablemente” cuando se trate de un acto unipersonal³⁴⁸. Así pues, es posible el supuesto de resoluciones de órganos colegiados³⁴⁹. Además, el hecho de que la conducta típica sea “votar”, abre la puerta a que sean sujetos activos tanto miembros del Equipo de Gobierno como de la oposición³⁵⁰. Del mismo modo, lo realmente relevante es que la conducta típica sea “votar”, excluyendo así la necesidad de una resolución ulterior, por lo que ACALE SÁNCHEZ no considera que exista motivo para apreciar una prevaricación específica en función del art. 320.2 CP, porque el voto no resuelve ni es necesaria la existencia de licencia ulterior para que se consume el delito³⁵¹.

³⁴⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R., “La prevaricación urbanística. Artículo 320 del Código Penal”.

³⁴⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R., “La prevaricación urbanística. Artículo 320 del Código Penal”.

³⁴⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R., “La prevaricación urbanística. Artículo 320 del Código Penal”.

³⁴⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R., “La prevaricación urbanística. Artículo 320 del Código Penal”.

³⁴⁹ GARCÍA PLANAS, G., *El delito urbanístico (Delitos relativos a la ordenación del territorio)*, p.101.

³⁵⁰ GARCÍA PLANAS, G., *El delito urbanístico (Delitos relativos a la ordenación del territorio)*, p.101.

³⁵¹ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 344.

De acuerdo con la doctrina mayoritaria, este comportamiento ha sido calificado por la SAP de Madrid 945/20014, FJ 1º, como: « (...) *delito de prevaricación urbanística activa* (...) ». De esta opinión resulta la ya comentada SJP de Sevilla 146/2014 de 17 de marzo, FJ 2º: «*Ninguna duda puede haber respecto a la condición de los acusados, alcalde y concejales de Gerena, como autoridad pública, ni sobre el carácter de la resolución adoptada, un decreto de concesión de licencia de obras.*». Simultáneamente esta última resolución, FJ 2º; entiende patente la arbitrariedad: « (...) *pues por su sola voluntad, sin atisbo de duda, condición posterior o explicación sobre el otorgamiento que se le pedía, decidieron al margen de toda norma otorgar la licencia de obra conociendo que excedía el límite impuesto.*»

En caso que la resolución sea oral, no podría no ser siquiera tenida en cuenta, habida cuenta de la SAP de Cáceres 497/2014³⁵², que expone que: «(...) *en ningún caso podría ser equiparada por los acusados a una autorización administrativa formal* (...)», (FJ 2º). No obstante, la SAP de Tenerife 492/2014³⁵³ muestra un criterio diferente al esgrimir que: « (...) *el concepto de resolución administrativa no está sujeto, a nuestros efectos prejudiciales debemos añadir, a un rígido esquema formal, admitiendo incluso la existencia de actos verbales, sin perjuicio de su constancia escrita cuando ello resulte necesario.*». En contraste con esta defensa de la libertad de forma en la licencia, lo deseable es que ésta sea concedida o denegada de forma escrita, principalmente por motivo de seguridad jurídica y porque será más fácil su aportación como prueba.

Por lo que se refiere a los informes técnicos y jurídicos, éstos no son vinculantes, según el art. 83 LJPAC, pero pueden ser tenidos en cuenta para depurar responsabilidades cuando se aduce error o ignorancia. De este parecer se muestra la SAP de A Coruña 568/2013³⁵⁴ donde en su FJ 2º dictamina en sede del 320.2 que:

« (...) *autorización (...) otorgada pese a los informes en contra de la secretaria del ayuntamiento y de la advertencia expresa de la necesidad de unas licencias específicas de la administración autonómica, concretamente de los departamentos de obras públicas y de medio ambiente. (...), no es posible alegar ignorancia (fueron debidamente advertidos por quien tenía el deber de hacerlo*

³⁵² SAP de Cáceres (Sección 2ª). Sentencia 497/2014 de 27 de noviembre.

³⁵³ SAP de Tenerife (Sección 2ª). Sentencia núm. 492/2014 de 18 de noviembre, FJ 5º.

³⁵⁴ SAP de A Coruña (Sección 1ª). Sentencia núm. 568/2013 de 10 de diciembre.

sobre la ilegalidad de su pronunciamiento), error (la supuesta concesión de otros permisos previos y de informes verbales no eliminan el aviso recibido) o ignorancia (...).»

Y en el FJ 3º de esta misma resolución: *«La licencia de obras concedida lo fue de manera injusta y arbitraria, en tanto que se hizo al margen de las advertencias contenidas en los informes jurídicos preceptivos, lo que rebasa el marco de lo puramente erróneo o indebido para conformar la resolución conscientemente injusta propia de la prevaricación»*.³⁵⁵ De la misma tendencia, pero referida al informe del Arquitecto Municipal, es la SJP de Sevilla 146/2014 cuando el equipo de Gobierno obvió la contradicción del informe del técnico para otorgar licencia y basaron su justificación en un informe jurídico *ad hoc* que justificara la resolución³⁵⁶.

En relación con este aspecto la SAP de Tenerife 492/2014³⁵⁷ entendió consumado el delito tipificado en el número dos del art. 320.2 CP cuando el Consejo Rector de Urbanismo prescindió del informe de impacto ambiental y de la obligación de información pública, materializando así lo que entendió como una prevaricación urbanística. De la misma manera, el art. 5.2 LOUA ordena no otorgar licencias urbanísticas que exijan otras autorizaciones o informes administrativos previos hasta que las licencias previas sean otorgadas o los informes emitidos.

También, como ha sucedido con los informes, se omite aquí el caso opuesto: denegar injustamente una licencia. Según GÓMEZ RIVERO: *« (...) se limita a las consistentes en conceder el título legitimador de la actividad a la que el sujeto no tiene derecho, no así en denegarlo de manera injusta.»*³⁵⁸. De nuevo, no se apreciaría como conducta lesiva frente a la ordenación del territorio: no conlleva voluntad de beneficiar una licencia, por lo que no crearía siquiera el peligro de amparar unas obras, aunque queda la posibilidad de dirigir la reflexión hacia un posible delito de falsedad.

³⁵⁵ De este parecer también la SAP de Madrid 945/2014 de 9 de diciembre, FJ 1º: *« (...) se trata de una decisión contraria a la normativa urbanística (sustantiva y procedimentalmente) adoptada por la Junta de Gobierno municipal con conocimiento de su ilegalidad, sustituyendo conscientemente la normativa urbanística por su libre arbitrio.»*

³⁵⁶ En sentido literal de la SJP de Sevilla 146/2014 de 17 de marzo, FJ 2º: *«En lugar de asumir las sencillas consideraciones que justificaban la denegación, tanto el Sr. Alcalde como el resto de concejales que componían la Junta de Gobierno decidieron conceder la licencia en cuestión, amparándose en las consideraciones que hacía el informe elaborado para la ocasión con base en una interpretación farragosa y errónea de la normativa aplicable carente de todo sustento legal.»*

³⁵⁷ SAP de Tenerife (Sección 2ª), FJ 5º.

³⁵⁸ GÓMEZ RIVERO, Mª C., “La reforma del delito urbanístico: luces, sobras y oscuridades en materia de corrupción”, cit., p. 10.

En otro orden de cosas, habría que dejar constancia de que antes de la entrada en vigor del CP de 1995 se acudía de forma automática a la prevaricación administrativa. Se trata de casos que en la actualidad serían delitos incardinados en el art. 320.2 eran antes entendidos por la jurisprudencia como delitos de prevaricación administrativa del CP de 1973 atendiendo a la letra de su art. 358. Sirva de ejemplo la STS 1015/2002³⁵⁹:

(...), prescindiendo absolutamente de la legalidad urbanística, y con el evidente propósito de beneficiar a sus clientes y evitar que éstos pudieran demandarle o denunciarle por haberles vendido como suelo urbano lo que no lo era, decidió conceder igualmente licencias de construcción para los terrenos vendidos. Estas resoluciones administrativas de concesión ilegal de licencias de edificación en suelo no edificable, a sabiendas de que no se había aprobado la propuesta de delimitación del suelo urbanoy fundadas en la exclusiva voluntad caprichosa del (...), y en sus propios intereses particulares, son las que indudablemente integran manifiestamente el delito de prevaricación objeto de acusación, (...).

Para terminar, no se entendió cometido delito del art. 320.2 por la SAP de Toledo 40/2005³⁶⁰ por resolver a favor de la concesión de licencia de apertura: « (...) tras el informe del arquitecto municipal y la realización de obras menores por parte de la empresa solicitante, así como la concesión de instalación de carpa móvil (...)» (FJ 3º) ya que: «La licencia de apertura no altera ni modifica la ordenación del territorio a efectos urbanísticos.» (FJ 3º)

1.2.2. Abstenciones, votos en blanco y nulos

La literalidad del precepto hace referencia expresa a votar a favor o resolver favorablemente en relación a la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias en contradicción con las normas urbanísticas.

A diferencia de que la omisión del número uno es expresa, aquí ésta sólo se sugiere. Sostiene BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE que la mayor parte de la doctrina estima las abstenciones, los votos nulos o en blanco, como conductas

³⁵⁹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 1015/2002 de 31 de mayo, FJ 5º, 6º y 7º.

³⁶⁰ SAP de Toledo (Sección 2ª). Sentencia núm. 40/2005 de 28 de junio.

atípicas³⁶¹, incluso con la evidencia de que así se benefician las proposiciones que contravengan las normas urbanísticas, a pesar de que quien se abstiene no vota a favor³⁶². En la misma línea se pronuncia MARTÍNEZ ARRIETA por entender que la abstención en un contexto de mayoría a favor de la concesión no es típica³⁶³. De idéntico razonamiento se muestra ROMA VALDÉS en base al art. 27 LJPAC³⁶⁴, siendo de la misma opinión GONZÁLEZ CUSSAC³⁶⁵. Como medida de corrección, ACALE SÁNCHEZ propone, ante quienes se abstienen de forma dolosa o voten en contra habiendo configurado la voluntad de los demás miembros del órgano, «*haya resuelto o decidido con su voto*»³⁶⁶, propuesta que parece razonable y acertada para evitar la impunidad de actos adecuados para la consumación del delito.

También es destacable la modalidad de la llamada prevaricación omisiva, alusiva a aquellos supuestos en los que, si bien no se trata de votar en blanco, abstenerse o emitir un voto nulo, sino de mera inactividad ante obras ilegales cuando: « (...) *el Ayuntamiento permaneció pasivo ante su culminación, sin acordar en un solo caso la demolición, por lo que con su pasividad permitió la consolidación de las edificaciones ilegales. Esta omisión equivale a la autorización expresa de las obras, (...)*», tal y como lo interpretó la SAP de Madrid 945/2014, FJ 1º.

Respecto de esta variante omisiva, la Resolución del Defensor del Pueblo Andalúz formulada en la queja 14/5404, recuerda que los Ayuntamientos cuentan con: « (...) *competencia en esta materia para suspender tales obras, obligar a la restitución de la legalidad vulnerada e imponer las sanciones que procedieran al promotor que estaba actuando de esta manera*» para garantizar la tutela del orden urbanístico más la obligación de poner los hechos en conocimiento de los Tribunales ante casos de construcción de viviendas sin licencias en suelo no urbanizable así como que, ante la falta de medios en muchos municipios: « (...) *la orden de suspensión de unas obras ab*

³⁶¹ En sentido análogo: GARCÍA PLANAS, G., *El delito urbanístico (Delitos relativos a la ordenación del territorio)*, p. 102.

³⁶² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R., “La prevaricación urbanística. Artículo 320 del Código Penal”.

³⁶³ MARTÍNEZ ARRIETA, A., “Prevaricación y delitos contra la Ordenación del Territorio”, p. 49.

⁴⁵² ROMA VALDÉS, A., “El alcance del delito contra la ordenación del territorio en supuestos complejos. Algunos ejemplos en Galicia», en *Estudios Penales y Criminológicos*, p. 425.

³⁶⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos, El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 135.

³⁶⁶ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, cit., p. 346.

*initio con advertencia de la comisión de posible delito de desobediencia de ser incumplida y de dar traslado a las autoridades judiciales al tratarse presuntamente de un delito urbanístico no requiere disponer de unos medios especiales.»*³⁶⁷

En cualquier caso, la SAP de Cáceres 486/2015 entendió que, si el Ayuntamiento no contestó sobre la concesión de licencia, no quedó justificado el hecho de seguir construyendo³⁶⁸. A su vez la SAP de León confirmó condena por vía del art. 320.2 al Alcalde de Villasabiego por incumplir su obligación legal de incoar expediente sancionador a pesar de conocer por medio de Secretario del Ayuntamiento y de la Arquitecta Municipal una construcción no autorizable en suelo no urbanizable³⁶⁹.

A pesar de todo, esta actitud de falta de diligencia o de inactividad parece más cercana a un delito del deber de denunciar infracciones de las que se tenga conocimiento porque aunque tenga efectos similares por la voluntad de la conducta a una prevaricación, no tiene su estructura al no existir resolución favorable ni materializarse en votar o resolver del art. 320.2.

2. Sujeto activo: “autoridad o funcionario público”

2.1 Sujetos activos del art. 320.1

El papel de quienes dirigen el urbanismo como política territorial es fundamental: *«por la importancia que la actuación administrativa tiene en esta faceta de la actuación especialmente normativizada y sujeta a continuas autorizaciones por las administraciones»*³⁷⁰, en vista de lo cual: *«se ha llegado a afirmar que el verdadero dominio del hecho lo tiene el funcionario público autorizante de la actuación agresora»*³⁷¹, postulado comprensible si se atiende al efecto multiplicador de la conducta ilícita de estos sujetos comparada con la de los correspondientes al art. 319. Lo que es lo mismo, es que las actuaciones de los sujetos activos del 320 pueden

³⁶⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 14/5404 dirigida a Ayuntamiento de Cantoria, (Almería). Disponible: <http://www.defensordelpuebloandaluz.es/que-el-ayuntamiento-pida-responsabilidades-a-quien-corresponda-ante-la-indemnizacion-a-los> (Consultado: 28/12/2015).

³⁶⁸ Véase FJ 1º.

³⁶⁹ SAP de León (Sección 3ª). Sentencia núm. 518/2015 de 13 noviembre.

³⁷⁰ MARTÍNEZ ARRIETA, A., “Prevaricación y delitos contra la Ordenación del Territorio”, cit. p. 38.

³⁷¹ MARTÍNEZ ARRIETA, A., “Prevaricación y delitos contra la Ordenación del Territorio”, cit. p. 38.

revestir de aparente licitud la de actuaciones señaladas en el 319 y con ello obstaculizar la identificación de la responsabilidad penal³⁷².

Por otra parte, este elenco cerrado de sujetos determina que este delito sea especial propio, ya que se han establecido: «*sujetos cualificados para acceder el bien jurídico protegido*»³⁷³.

Cuando el art. 320 CP se refiere a funcionarios y autoridades, hay que entenderlos como conceptos penales autónomos con respecto a la normativa administrativa³⁷⁴. El concepto a aplicar será el contenido en el art. 24 CP y de esta suerte destaca que el concepto penal es más holgado que el administrativo³⁷⁵.

En contraste con lo anterior, ACALE SÁNCHEZ, citando el ATS 59/2001³⁷⁶, perfila dos nuevos requisitos adicionales al 320.1 y 320.2: en alusión al primer párrafo, además de ser funcionario público o autoridad, debe tener competencia propia para informar o inspeccionar; y por lo referente al segundo párrafo, el funcionario o autoridad debe contar con la potestad de votar o resolver³⁷⁷. Con esta interpretación concluye ACALE SÁNCHEZ que no se acota la conducta punible, sino que se establece un criterio material para identificar los posibles sujetos activos³⁷⁸.

Parte de la doctrina parece entender que los “facultativos” deben quedar situados fuera del grupo de autores tanto del 320.1 como del art. 404 CP y que el concepto penal es más restringido que el administrativo³⁷⁹. Así aprecia GÓMEZ TOMILLO que cuando el sujeto activo no tenga condición de funcionario, no hay forma de poner en riesgo el bien jurídico globalmente protegido: por un informe de alguien ajeno a la función

³⁷² ACALE SÁNCHEZ, M^a, “Delitos urbanísticos: la confluencia de voluntades delictivas”, en TERRADILLOS BASOCO, J. M^a y ACALE SÁNCHEZ, M^a (Coords.), *Nuevas tendencias en Derecho Penal Económico*, Seminario Internacional de Derecho Penal, ed. Universidad de Cádiz (Servicio de Publicaciones), Cádiz, 2007, pp. 155-205, p. 192., p. 192.

³⁷³ GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, p. 88.

³⁷⁴ GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, p. 88.

³⁷⁵ TRENZADO ASENSIO, M^a J., *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: la prevaricación urbanística*, p. 215.

³⁷⁶ STS (Sala de lo Penal, Sección 1^a). Auto núm. 59/2001 de 17 de enero, FJ 1^o, comentada por ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 313.

³⁷⁷ En el mismo sentido SAP de Barcelona (Sección 10^a). Sentencia núm.: no disponible, de 25 de abril de 2002: «*Sujeto activo del delito sólo puede ser una autoridad o funcionario público, en los términos en que tales conceptos son definidos en el art. 24.1 C. Penal, con funciones consultivas técnicas o bien ejecutivas o resolutorias*». FJ 4^o, comentada por GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, p. 219.

³⁷⁸ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 313.

³⁷⁹ Por todos en la doctrina: GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo, Función pública y Derecho Penal*, p. 77.

pública, puede surgir una resolución administrativa ilícita y convertir al autor del informe en partícipe tanto en el 404 como en el 320.1³⁸⁰, pero además apunta al mismo sentido respecto al 319³⁸¹.

En caso de funcionarios ajenos al ámbito local y de los interinos, según GÓMEZ TOMILLO, no hay que albergar dudas sobre su plausible posición de sujeto activo, pero sí las mantiene en cuanto al personal contratado laboral³⁸². En este mismo razonamiento excluye los casos de arrendamiento de servicios y empleados de empresas privadas concesionarias³⁸³. De otra opinión, resulta GORRIZ ROYO cuando se refiere a: «*empresa colaboradora asesora*» argumentando que se puede atribuir a dicha empresa la cualidad de funcionario y responsabilizarla por la vía del art. 31 CP en caso de hallarse financiada con capital público³⁸⁴.

Asimismo no podrá otorgarse la condición de funcionario público a quien, a pesar del practicar el ejercicio de la función pública, actúa en cuestiones privadas³⁸⁵.

En particular, reconocemos la validez de la opción que propone TRENZADO ASENSIO para que sean sujetos activos del 320.1:

(...) aquellos funcionarios públicos,(...), y autoridades, de la Administración Local (...), Autonómica, Diputación provincial e incluso Entidades comarcales y metropolitanas, siempre que intervengan en el expediente administrativo tramitado, y que sean competentes para la emisión de informe favorable técnico y/o jurídico, o que omitan una inspección [o el descubrimiento de infracción], todo ello de conformidad con el art. 4.2 RDU³⁸⁶, sin perjuicio de lo que disponga la legislación autonómica que en su caso regule el procedimiento de

³⁸⁰ GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo, Función pública y Derecho Penal*, p. 77.

³⁸¹ GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo, Función pública y Derecho Penal*, nota 10, p. 77.

³⁸² GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo, Función pública y Derecho Penal*, p. 79.

³⁸³ GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo, Función pública y Derecho Penal*, p. 80 y 81.

³⁸⁴ GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, p. 259.

³⁸⁵ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 277, seguido por TRENZADO ASENSIO, M^a J., *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: la prevaricación urbanística*, Tesis doctoral, ed. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2013. Disponible: <http://www.tdx.cat/handle/10803/108339>, p. 225. (Consultado: 26/04/2015).

³⁸⁶ Art 4.2: «*En todo expediente de concesión de licencia constará informe técnico y jurídico, cuando la Entidad otorgante cuente con los servicios correspondientes o le sea posible contar con los de la Entidad comarcal o metropolitana en que esté integrada. Si la Diputación Provincial tuviese establecido servicio de asistencia urbanística a los Municipios, podrá solicitar el Ayuntamiento informe del mismo, si no contase con servicios técnicos o jurídicos propios*».

*solicitud y concesión de las licencias urbanísticas, que será de aplicación preferente al procedimiento previsto en el art. 9.1.1 RSCL*³⁸⁷.

A propósito de esta delimitación y siguiendo la enumeración de sujetos que propone TRENZADO ASENSIO, se procede ahora a analizar los ejemplos más señalados en la casuística.

2.1.2.1.1 Arquitecto Técnico y Aparejador Municipal

El arquitecto técnico o superior ha de reconocerse en el profesional técnico con capacidad legal plena para proyectar y programar obras de arquitectura y la alta inspección y vigilancia general del proceso material constructivo³⁸⁸.

En el caso del Arquitecto Técnico municipal la STS 568/2014 entendió que puede ser sujeto activo del art. 320.1 CP por cuanto: « (...) en su condición de Arquitecto Técnico municipal, emitió informes favorables contrarios a la norma aplicable, con pleno conocimiento de tal irregularidad.»³⁸⁹. También la SAP de Islas Baleares 314/2014³⁹⁰ contempla como sujeto activo al Arquitecto Técnico Municipal: « (...) cumplido el elemento objetivo del delito del art. 320.1 CP: el informe favorable del acusado, en su condición de funcionario público como arquitecto técnico al proyecto de ampliación que dio lugar a la concesión de la licencia de obras, fueron contrarios a las normas urbanísticas vigentes»³⁹¹.

Del mismo modo, la STS 425/2013 condenó como autor del 320.1 al Aparejador Municipal: « (...) puesto que integra los elementos propios de la infracción objeto de condena, tanto en lo que atañe al objetivo, la inidoneidad de los Informes emitidos por el recurrente en relación con el carácter del suelo al que se referían, como el subjetivo,

³⁸⁷ TRENZADO ASENSIO, M^a J., Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: la prevaricación urbanística, cit., p. 243 y 244.

³⁸⁸ DEL ARCO TORRES, M. A. / PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción (Aspectos administrativos, civiles y penales)*, p. 125.

³⁸⁹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1^a). Sentencia núm. 568/2014 de 7 de julio, FJ 4^o.

³⁹⁰ SAP de Islas Baleares (Sección 1^a). Sentencia núm. 314/2014 de 10 de noviembre. FJ 3^o: «Cobran pues especial relevancia (...) los informes realizados por los técnicos municipales expertos en la aplicación de la normativa urbanística y medioambiental en su caso vigente, que además gozan de la presunción de objetividad, veracidad y certeza establecida en el art. 137 de la Ley 30/92 de 26 de Noviembre, al tratarse de funcionarios públicos, que prima facie, carecen de toda vinculación o interés respecto de la licencia solicitada. Dicha presunción, al ser "iuris tantum" puede ser destruida mediante prueba en contrario que habrá de ser asimismo de carácter técnico dadas las especiales características de la elaboración de los proyectos de obras e instalaciones en relación con las normas urbanísticas y medioambientales que sean de aplicación.».

³⁹¹ SAP de Islas Baleares (Sección 1^a). Sentencia núm. 314/2014 de 10 de noviembre., FJ 5^o.

*o conocimiento pleno por parte de (...) de la ilicitud de tales informes por él emitidos.»*³⁹²

2.1.3 Asesor Técnico Jurídico, Secretario Municipal o Letrado Asesor

Hay que hacer mención además del Asesor Técnico Jurídico, Secretario Municipal o Letrado Asesor, sujeto del cual emana informe jurídico que la SAP de Granada 104/2014³⁹³ deslinda del técnico en cuanto a efectos delictivos:

(...) el preceptivo informe técnico que, como es obvio, no tiene necesariamente que plegarse, lisa y llanamente, al contenido del informe jurídico y de ahí la dualidad de pareceres que se dispone en todo expediente de concesión de licencias, resultando ser planos perfectamente diferentes y cada cual sometido a parámetros de actuación distintos, lo que permite sostener que su falta de simetría no constituye, en sí misma, una circunstancia negativa de valor de la que derivar un dato con sentido incriminador.

Seguidamente, la SAP de Islas Baleares 114/2011³⁹⁴ defiende y justifica la intervención como sujeto activo del Asesor Jurídico porque:

(...) no motivó su informe ni razonó su cambio de criterio. Tampoco expuso que hubiera realizado comprobación alguna y sin embargo modificó su criterio informando favorablemente a la concesión de licencia.

Mediante el uso de la documentación inveraz y con este informe favorable contrario a derecho, la licencia fue aprobada por Junta de Gobierno del día 22 de julio de 2005 y otorgada el día 25.

En efecto, los promotores incorporaron el segundo certificado al expediente y el asesor jurídico informó en abierta contradicción con la legalidad a sabiendas de la legislación aplicable. Así de manera arbitraria favoreciendo a los promotores, (...)

La sentencia consolida esta percepción cuando en el FJ 2º declara que el asesor jurídico es autor de un delito tipificado en el 320.1 en razón a:

³⁹² STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 425/2013 de 14 de mayo de 2013, FJ 4º.

³⁹³ SAP de Granada (Sección 1ª). Sentencia núm. 104/2014 de 1 de marzo de 2014, FJ 3º.

³⁹⁴ SAP de Islas Baleares (Sección 1ª). Sentencia núm. 114/2011 de 6 de octubre de 2011, Hechos Probados, comentada por TRENZADO ASENSIO, Mª J., *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: la prevaricación urbanística*, p. 248.

(...) haberse concedido la licencia con informe favorable del jurista - que aunque contratado desde el punto de vista funcional ha de ser equiparado a funcionario de carrera ex artículo 24.2 del CP -, el cual era abierta y patentemente arbitrario, discrecional y contrario a la legalidad urbanística, ya que con los datos obrantes en el expediente tendrían que haber abocado a la denegación de la licencia y consecuentemente dictado a sabiendas de que era injusto y que con su emisión se lesionaba la protección y limitaciones que la Ley establece para la construcción en suelo rústico calificado como ARIP.

También el Asesor Jurídico fue declarado culpable de un delito concerniente al primer párrafo del 320 CP por la SAP de Islas Baleares 28/2008³⁹⁵, aunque, curiosamente, la sentencia denomina al delito “prevaricación administrativa” a pesar de no acusarse por el art. 404. También SJP de Sevilla 146/2014³⁹⁶ consideró al Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Gerena culpable cuando emitió informe favorable a la concesión de licencia a pesar de que: « (...) el documento de planeamiento no existía, argumentando a favor de otorgar la licencia razones ajenas a la legalidad vigente.»

A la vez, un Asesor Jurídico nombrado *de facto* por el Alcalde es susceptible de convertirse en sujeto activo del delito aquí examinado, según lo consideró la SAP de Málaga 157/2009³⁹⁷. No obstante, la sentencia recalca, según rescata TRENZADO ASENSIO, que nunca fue asesor funcionario del Ayuntamiento de Marbella ni de ninguna otra Administración, pero sí que participó en las funciones públicas, motivo suficiente por lo que aquí respecta y así lo interpreta también la SJP de Ourense 2/2016 (FJ 5º) con un abogado que actuó como asesor externo de la Concejalía de Urbanismo.

2.1.4 Celador de Obras Municipal

Por lo referente al Celador de Obras Municipal, la SAP de Islas Baleares 120/2012³⁹⁸ no considera que tuviera condición de funcionario público a efectos del art. 65.3 CP como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal en un delito de

³⁹⁵ SAP de Islas Baleares (Sección 1ª). Sentencia núm. 28/2008 de 23 de mayo de 2008, FJ 10º: «La conducta de ignorar, de forma consciente y voluntaria, las funciones de asesoramiento y vigilancia del cumplimiento de la legalidad, tarea para la que había sido contratado, además de merecer reproche social, que el jurídico prescinda de la legalidad para favorecer intereses particulares anteponiéndolos a los generales resulta intolerable, (...)».

³⁹⁶ SJP de Sevilla (Nº 12). Sentencia núm. 146/2014 de 17 de marzo, Hechos Probados *in fine*.

³⁹⁷ SAP de Málaga (Sección 1ª). Sentencia núm. 157/2009 de 23 de marzo, comentada por TRENZADO ASENSIO, Mª J., *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: la prevaricación urbanística*, p 247.

³⁹⁸ SAP de Islas Baleares (Sección 2ª). Sentencia núm. 120/2012 de 21 de diciembre de 2012.

falsedad documental. También resulta condenado como autor de un delito sobre la ordenación del territorio del 319.1. Ahora bien, apunta TRENZADO ASENSIO que cabe la posibilidad de que fuera reconocible como funcionario.

Por último, por lo que se refiere al Inspector Urbanístico, figura creada por los arts. 179 y ss. LOUA, le sería aplicable el art. 320.1 como funcionarios obligados doblemente a realizar inspecciones y denunciar las irregularidades detectadas³⁹⁹. La especial relevancia de la integración de la omisión radica en los efectos innegables de la pasividad de la Administración tiene sobre el control de la delincuencia urbanística⁴⁰⁰ como ya se ha dejado constancia.

2.1.5 Colegios Profesionales

Existen dos grandes sectores doctrinales con posturas enfrentadas⁴⁰¹: aquellos que piensan que no son sujetos activos del art. 320.1 CP los arquitectos e ingenieros privados que elaboran informes en materia urbanística para las Administraciones y quienes defienden lo contrario.

Las razones para excluir a los técnicos de los Colegios profesionales son principalmente dos⁴⁰²: por una parte, no estimar como equivalentes el visado colegial y el informe referido en el 320.1; y por otra, que estos ingenieros y arquitectos no pueden ser considerados funcionarios a efectos legales, si no colaboradores muy cualificados de la función urbanística por ejercer el primer control de infracciones graves⁴⁰³. En consecuencia, esta corriente doctrinal los valora en calidad de posibles cooperadores necesarios a lo sumo⁴⁰⁴.

En particular, respecto a este punto de vista, parece ser que se le atribuye una importancia desproporcionada a la actuación de los Colegios Profesionales según lo considera ACALE SÁNCHEZ por dos motivos⁴⁰⁵: porque no todos se encargan del

³⁹⁹ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 334.

⁴⁰⁰ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 334.

⁴⁰¹ TRENZADO ASENSIO, M^a J., *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: la prevaricación urbanística*, p. 273.

⁴⁰² TRENZADO ASENSIO, M^a J., *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: la prevaricación urbanística*, p. 273.

⁴⁰³ DEL ARCO TORRES, M. A. / PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción (Aspectos administrativos, civiles y penales)*, p. 212.

⁴⁰⁴ TRENZADO ASENSIO, M^a J., *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: la prevaricación urbanística*, p. 273.

⁴⁰⁵ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 318. De esta opinión TRENZADO ASENSIO, M^a J., *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: la prevaricación urbanística*, p. 276.

visado de los proyectos técnicos; y porque el visado se constituye como informe preceptivo, pero no por ello vinculante para la Administración porque su sentido negativo en nada puede frenar la incoación de un expediente administrativo sobre otorgamiento de licencias. Es, en suma, un mecanismo de control previo al proceso de concesión de licencia⁴⁰⁶ y así lo recoge la Ley 2/1974 de 13 de febrero sobre Colegios Profesionales. Con miras a un posible concierto previo entre el funcionario y el Colegio profesional ningún obstáculo podría aducirse a una complicidad, consecuencia de que la decisión final no quede vinculada al informe emitido⁴⁰⁷.

La corriente opuesta también puede resumir su postura en dos argumentos principales⁴⁰⁸: por un lado, al expedir los visados hacen constar la legalidad de un proyecto concreto; por otro, el TC por medio de la SSTC 219/1989⁴⁰⁹, 201/2013⁴¹⁰ y el ATC 141/2004⁴¹¹ ha venido a reconocer que los Colegios profesionales ejercen determinadas potestades públicas. Junto a estos dos argumentos, nada obsta para: «sumar el carácter instrumental que de funcionario público se recoge en el art. 24 CP»⁴¹² y considerarlos funcionarios públicos a efectos del art. 320.1.

Considerando esta segunda hipótesis, parece que no resulta acertado considerar al facultativo interviniente en la emisión del visado como autoridad⁴¹³. Si bien el art. 24 CP utiliza la expresión “miembro de alguna corporación”, no especifica qué tipo de corporaciones está siendo aludido. Es más, el TC en la jurisprudencia citada se refiere

⁴⁰⁶ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 319.

⁴⁰⁷ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 319.

⁴⁰⁸ TRENZADO ASENSIO, M^a J., *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: la prevaricación urbanística*, p. 273 y 274.

⁴⁰⁹ STC (Sala Primera). Sentencia núm. 219/1989 de 21 de diciembre: « (...) delegación de potestades públicas en entes corporativos dotados de amplia autonomía para la ordenación y control del ejercicio de actividades profesionales, que tiene fundamento expreso en el art. 36 de la Constitución.», FJ 3º. Comentada por TRENZADO ASENSIO, M^a J., *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: la prevaricación urbanística*, p. 274.

⁴¹⁰ STC (Pleno). Sentencia núm. 201/2013 de 5 de diciembre: «(...) Aun cuando los colegios profesionales se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, tienen también una dimensión pública que les equipara a las Administraciones públicas de carácter territorial, aunque a los solos aspectos organizativos y competenciales en los que ésta se concreta y singulariza [SSTC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 26; 20/1988, de 18 de febrero, FJ 4; y 87/1989, de 11 de mayo, FJ 3 b)].» FJ 3º

⁴¹¹ STC (Sala Primera, Sección 3ª). Auto núm. 141/2004 de 26 de abril: « (...) la relación de los profesionales colegiados con los Colegios Profesionales es una muy característica relación constituida sobre la base de la delegación de potestades públicas en entes corporativos dotados de amplia autonomía para la ordenación y control del ejercicio de actividades profesionales, que tiene fundamento expreso en el art. 36 de la Constitución, esto es, una relación de sujeción especial. » FJ 4º.

⁴¹² TRENZADO ASENSIO, M^a J., *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: la prevaricación urbanística*, cit., p. 274.

⁴¹³ GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo, Función pública y Derecho Penal*, p. 85.

en todos los casos a los Colegios profesionales como “corporaciones” que cumplen funciones públicas que le son delegadas. En este discurrir es sensato partir de su naturaleza de entidades privadas, algo que no concreta el CP y que, sin embargo, no se aclara ni en la jurisprudencia ni en la doctrina, a pesar de que la Administración que solicite el visado deba abonar su precio, no se debe entender que son sus técnicos facultativos asimilados a funcionarios.

Como se puede apreciar, cuando se hace referencia a la Administración en el art. 14. 2 RDU, el visado puede sustituirse por «*intervención de la oficina de supervisión de proyectos o la aprobación del proyecto por el órgano competente en cada caso*». En este mismo sentido de ausencia de obligatoriedad para las Administraciones, se pronuncia el Informe 41/08 de 2 de diciembre de 2008 de la Junta Consultiva de Contratación Estatal⁴¹⁴. El artículo 2 del Real Decreto 1000/2010 de 5 de agosto sobre visado colegial obligatorio dicta los casos en los que por imperativo legal es ineludible dicho visado.

Asimismo, GÓMEZ TOMILLO no ve discusión posible sobre si los Colegios tienen mando o jurisdicción propia y afirma que el visado, según la doctrina administrativista, es acto administrativo realizado por un ente público en ejercicio de potestad administrativa que persigue un interés general, social o colectivo⁴¹⁵. Añade que es un claro indicio de esta naturaleza de función pública que sus actos sean recurribles en vía administrativa colegial y, agotada ésta, en la jurisdicción contencioso-administrativa⁴¹⁶.

Sin embargo, la Ley 2/1974 de 13 en su actual art. 13.1 habla de “clientes”, algo que no puede asimilarse a administrado, y sin embargo, la DA 2ª habla de “la función pública que ejerzan sus miembros”, he ahí la confusión no resuelta.

Simplificando, hay que mencionar que son significativos los argumentos presentados en ambos sentidos, pero parece más concreta y realista la postura que defiende su simple participación como cómplices tal y como comparten TRENZADO

⁴¹⁴ JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA ESTATAL, Informe 41/08, de 2 de diciembre de 2008. “Redacción de Proyectos. Innecesariedad de visado de colegios profesionales y no vinculación del precio a tarifas oficiales”. Disponible: <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/inform es/Informes2008/Informe%2041-08.pdf> (Consultado: 03/10/2015).

⁴¹⁵ GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo, Función pública y Derecho Penal*, p. 86.

⁴¹⁶ GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo, Función pública y Derecho Penal*, p. 85 y 86.

ASENSIO y ACALE SÁNCHEZ, puesto que no es irrenunciable la presencia del visado técnico para que el proceso de otorgamiento de licencia se abra ni es vinculante para quien tenga la competencia de otorgarla.

2.2 Sujetos activos del art. 320.2 CP

Serán sujetos activos del 320.2 aquellos en quienes concurra la condición de: *«autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia»*.

La ubicación de estos sujetos en el segundo párrafo, responde, según ACALE SÁNCHEZ, al carácter bifásico del procedimiento de obtención de las licencias dividido en una primera etapa en la que se informa por parte de los facultativos (se integren o no en la Administración local o cualquier otra en razón de la materia) y otra ulterior en la que se vota o se resuelve por parte de Alcaldes, Concejales y miembros con potestad de otorgar o denegar licencias por parte de la Administración estatal o autonómica⁴¹⁷.

De la misma forma se puede decir que la voluntad del legislador de aglutinar en este párrafo a todos los sujetos que participan en la fase final del otorgamiento o denegación de licencias y que la mención a los funcionarios públicos en el número dos del 320 carece de significancia porque por regla general son las autoridades quienes resuelven o votan⁴¹⁸, por lo que la responsabilidad será más atribuible a las autoridades que a los funcionarios⁴¹⁹. La solución que propone GORRIZ ROYO es atenerse a que el concepto penal de funcionario público es más amplio que el de autoridad y por ello engloba a éste último⁴²⁰. El *quid* de la cuestión es que aquí lo que interesa es que sean sujetos competentes de forma ejecutiva sobre proyectos de edificación o licencias urbanísticas, al contrario del párrafo primero dónde se refiere a funciones consultivas⁴²¹.

⁴¹⁷ ACALE SÁNCHEZ, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 314.

⁴¹⁸ GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, p. 270 y 271.

⁴¹⁹ TRENZADO ASENSIO, M^a J., *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: la prevaricación urbanística*, p. 249.

⁴²⁰ GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, p. 271.

⁴²¹ GARCÍA PLANAS, G., *El delito urbanístico (Delitos relativos a la ordenación del territorio)*, p. 101.

En un primer momento la potestad para otorgar, denegar o suspender la licencia es una función del Alcalde del municipio de forma unipersonal, con la salvedad de aquellos supuestos en que, ya sea por ley sectorial, ya sea por ordenanza municipal, ésta potestad se asigne a un órgano colegiado como el Pleno del Ayuntamiento o a la Junta de Gobierno Local (Comisión de Gobierno)⁴²² cuyos miembros son nombrados por el Alcalde y por tanto, sus miembros serán de su confianza⁴²³.

Generalmente, las leyes autonómicas suelen conceder esta potestad al Alcalde, pero de nuevo existen excepciones que se producen cuando se refieren estas leyes a otro organismo o colectivos sociales o de forma indeterminada al Ayuntamiento⁴²⁴, dependiendo de la idiosincrasia de la Comunidad en concreto.

Si bien la competencia de otorgar licencias es genéricamente atribuida al Alcalde, nada obsta para que ésta sea una competencia delegable⁴²⁵. En efecto, el art. 44.1 ROF señala las potestades delegadas, condiciones y términos de su ejercicio. Según este Reglamento deberá ejecutarse la delegación de la competencia de otorgar y denegar las licencias siguiendo los requisitos establecidos para su validez, lo cual podría dar lugar a una exoneración de responsabilidad del Alcalde. Habrá que decir también que, delegada la competencia en la Junta de Gobierno, se constituya un Comité Técnico de Urbanismo o una Comisión Informativa para evaluar la propuesta de licencia y ofrecer un informe a la Junta de Gobierno, por lo que su campo de acción se limita a estudiar la propuesta para que decidan el Pleno, Alcalde o Edil en quien delegue en su caso que, sin ser responsables del 320.2, podrían serlo del 320.1⁴²⁶.

En fin, siguiendo a GORRIZ ROYO, serán valorables como sujetos activos a título individual y siempre que no haya delegado la competencia, el Alcalde; si éste delega en órgano colegiado, a los Concejales como miembros de la Junta de Gobierno o la Comisión de Gobierno; de manera poco probable, el Pleno si tiene reconocida la competencia en cuanto a conceder y denegar licencias; en las poblaciones de cierta entidad, las Gerencias de Urbanismo; componentes de organismos provinciales,

⁴²² GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, p. 140.

⁴²³ GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, p. 272.

⁴²⁴ GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, p. 140 y 141.

⁴²⁵ Deduce GORRIZ ROYO que puede ser delegable con la lectura del art. 21.3 de la Ley de Bases de Régimen Local, donde se establecen aquellas competencias que el Alcalde o Presidente del Pleno, no puede delegar, resultando que entre las mismas no se encuentra la de otorgar o denegar licencias. GORRIZ ROYO, *Los delitos de prevaricación urbanística*, nota 287, p. 141

⁴²⁶ GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, p. 272.

[metropolitanos] y autonómicos que tengan competencia para determinadas licencias especiales (referidas a los suelos del 319.1)⁴²⁷. Asimismo, añade TRENADO ASENSIO: «*los miembros de las Comisiones Provinciales de Urbanismo[en su defecto, Comisión Provincial de Servicios Técnicos], allí donde hubiesen sido constituidas para otorgar, entre otras, licencias de parcelación o de construcción de bienes inmuebles (art. 9.1.7º a) RSCL).*»⁴²⁸

2.2.1 El caso particular de Notarios y Registradores de la Propiedad

Si es por la letra del art. 1 de la LON de 28 de mayo de 1862 no cabe ninguna duda de que los Notarios son funcionarios públicos, pues así lo establece este precepto. A pesar de ello, ni la doctrina ni la jurisprudencia tienen un criterio unánime en este tema.

La SAP de Madrid 230/2014⁴²⁹ no ha reputado al Notario como funcionario público ni autoridad no judicial ante un posible delito de prevaricación del art. 404 CP, aceptando los argumentos de la defensa a favor de que: «*(...) las actas notariales en general y las "actas de notoriedad", en particular, se rigen por el Derecho Civil - Hipotecario-Registral, no siendo "resolución administrativa" (...)*», FJ 6º, y añade en segundo término que el delito del art.404 CP: «*(...)es esencialmente doloso y aquí, (...), lo que hay es una actuación incorrecta , explicable, (...) porque el S. Notario (...), en la fecha en que ocurrieron los hechos, no era Licenciado en derecho, ya que procedía del cuerpo de corredores de comercio que al desaparecer, se integró en el Notariado.*», también en FJ 6º.

Por el contrario, la SJP de Madrid 446/2012⁴³⁰, precursora de la resolución ahora señalada, subsumió al Notario y al Registrador de la Propiedad en el art. 24 CP como autoridades, FJ 3º, y autores del delito de prevaricación. Esgrime en alusión al Notario acusado, FJ 2º, que: «*(...) practicó la inscripción del acta de notoriedad de manera arbitraria y a sabiendas de que no cumplía cuando menos los requisitos formales de legalidad, conducta (...) constitutiva de un delito de prevaricación en los términos previstos en el art. 404 CP (...)*».

⁴²⁷ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Delitos urbanísticos*, p. 359.

⁴²⁸ TRENADO ASENSIO, Mª J., *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: la prevaricación urbanística*, cit., p. 250.

⁴²⁹ SAP de Madrid (Sección 2ª). Sentencia núm. 230/2014 de 31 de marzo.

⁴³⁰ SJP de Madrid (Nº 11ª). Sentencia núm. 446/2012 de 17 de diciembre.

Por lo que respecta al Registrador de la Propiedad, la STS 941/2009⁴³¹, siguiendo la argumentación del Ministerio Fiscal⁴³², se posiciona de forma favorable a sostener que se trata de un funcionario público en ejercicio de sus funciones de forma clara:

(...) el Registrador de la Propiedad es un funcionario público (art. 24.2 CP), que, al calificar los títulos que se pretenden inscribir en el Registro desarrolla una función pública que, (...), no puede calificarse de jurisdiccional, y que, en todo caso, debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. (...) . (FJ 5º)

A pesar de todo, no pueden reputarse sujetos activos del art. 320.2 porque no tienen competencia para conceder licencia alguna ni resolver, votar o informar, aunque con respecto del art. 319, podrían ser partícipes del mismo, siguiendo a ACALE SÁNCHEZ⁴³³, si, por ejemplo, realizan la inscripción de inmuebles ilícitos en el Registro de la Propiedad o participando en una estafa inmobiliaria.

II. TIPO SUBJETIVO

Atendiendo al art. 320.1 CP, entiende GARCÍA PLANAS que, con lo previsto en el art. 12 CP no se prevé la forma imprudente⁴³⁴ y solamente es posible el dolo directo⁴³⁵. Conforme al análisis del error en el art. 320 CP, el mismo autor aboga por eliminar la opción del dolo eventual porque no considera acertado abarcar aquellos supuestos en que el funcionario que no tiene la certeza de la ilegalidad de su informe tenga simultáneamente dudas razonables que dejen entrever la probabilidad de su error y no se detiene a la hora de emitirlo favorablemente⁴³⁶. Igualmente descarta el error ya

⁴³¹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 941/2009 de 29 de septiembre.

⁴³² En FJ 5º: «Desde esta perspectiva, el Ministerio Fiscal sostiene que el Registrador de la Propiedad aquí acusado vulneró la legislación aplicable al segregar una parte de su finca, calificada como suelo no urbanizable, prescindiendo de la preceptiva licencia urbanística y con desprecio del régimen estatutario de incompatibilidades, calificando el título y practicando la correspondiente inscripción; conducta que indudablemente constituye una "resolución", en sentido propio. Resolución que califica de injusta y arbitraria, y, por tanto, penalmente típica.»

⁴³³ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 391.

⁴³⁴ GARCÍA PLANAS, G., *El delito urbanístico (Delitos relativos a la ordenación del territorio)*, p. 99.

⁴³⁵ GARCÍA PLANAS, G., *El delito urbanístico (Delitos relativos a la ordenación del territorio)*, p. 104.

⁴³⁶ GARCÍA PLANAS, G., *El delito urbanístico (Delitos relativos a la ordenación del territorio)*, p. 99.

sea vencible o invencible por la cualidad específica de la formación del sujeto⁴³⁷, pero esta postura no muestra una propuesta completa, pues parece más cercana al 320.1 que al 320.2, donde los sujetos no tienen necesariamente la formación a que se refiere este autor.

La SAP de A Coruña 568/2013, FJ 2º, deniega la posible ausencia de culpabilidad en base al error de tipo o prohibición a la hora de votar o resolver debido a que se incumple un deber:

*(...) en la medida en que para las cuestiones de esta clase se dispone de un servicio profesionalizado de asistencia jurídica, en este caso la secretaría del ayuntamiento y que está para realizar los controles de pura legalidad previos a la votación, así como para resolver cualquier posible duda que pudiera surgir sobre la cuestión; en el caso que nos ocupa esa labor no solamente no fue requerida, sino que además las advertencias expresamente realizadas fueron desatendidas. Estamos ante un caso de lo que la doctrina denomina como delitos de deber, Pflichtdelikten, cuya estructura permite explicar las cuestiones de autoría a través de la distinción entre los delitos de dominio del hecho y los delitos de infracción de deber caracterizados porque la realización del tipo penal no depende del control sobre la acción, sino de la infracción de un deber que incumbe al agente, lo que la reduce la autoría por este concepto a quienes les compete un determinado deber.*⁴³⁸

Todavía más, la SJP de Sevilla 146/2014 afirma de para excluir cualquier tipo de error: «La calificación de suelo urbanizable y no urbano no se presta a interpretación alguna, y pretender ampararse en una supuesta ignorancia de las normas aplicables en la materia que se les sometía a aprobación es una irresponsabilidad y una desconsideración hacia el cargo que ocupaba cada uno de ellos.»

De esta opinión también resulta BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE al defender que se está ante delitos de infracción del deber del funcionario, sujeto con

⁴³⁷ GARCÍA PLANAS, G., *El delito urbanístico (Delitos relativos a la ordenación del territorio)*, p. 99.

⁴³⁸ Más concretamente, FJ 2º: «No es de recibo pretender la inocencia de quienes se reconocen legos en derecho y, a la vez, deciden mantener un criterio frente a la expresa, manifiesta y continuada oposición de quien tiene esos conocimientos y les informa de que aquel es contrario a la norma, sin que quepa acogerse a una información anterior en la medida en que la nueva les obligaría por lo menos a revisar su conducta, de tal forma que tan clara desatención, rayana en el menosprecio, al preceptivo dictamen jurídico pone de relieve una voluntad de realizar un acto, la concesión de la licencia, al margen de cualquier consideración sobre su legalidad.»

posición de garante a través del cual la Administración tutela bienes jurídicos. Por ende, son conductas merecedoras de especial reproche penal⁴³⁹.

Ahora bien, la SAP de Almería 119/2014⁴⁴⁰ reconoce error en el Alcalde y los Concejales que votaron a favor de una licencia incompatible con el art. 45 LOUA (referido al suelo urbano) al edificar un promotor 12 viviendas en un paraje conocido como Los Carasoles, en Zurgena. Recuerda la sentencia que se trata de trabajadores a tiempo parcial para el Ayuntamiento y que el Alcalde, como electricista, conocía la existencia de un transformador de baja tensión en la zona, generando la creencia de que se trataba de suelo urbano. La Audiencia consideró que, al ser ambiguos los informes del Arquitecto Municipal y la Secretaria del Consistorio, no queda probado de forma suficiente el: « (...) *dolo específico de dictar resolución administrativa de forma arbitraria a sabiendas de su ilegalidad, de manera clara y palmaria* (...) » ya que:

(...) no ha quedado probado en este caso una connivencia o acuerdo entre los mismos a fin de efectuar las conductas que se les imputan, en un plan preconcebido para convertir suelo agrícola en urbanizable, ni que mediase una relación entre los acusados que permitiese dicha imputación, salvo que nos basemos en conjeturas y sospechas que no pueden servir de fundamento a una sentencia condenatoria.

(...) existir también un error en el tipo por causa de considerar que actuaban conforme a derecho, al mediar los referidos informes del Arquitecto municipal y la Secretaria del Ayuntamiento, que a mayor abundamiento no hizo ninguna advertencia sobre posible ilegalidad de la licencia de obra que fue aprobada en el pleno por todos los concejales de todos los grupos políticos.

De la misma suerte resulta la SAP de Gran Canaria 113/2011⁴⁴¹, la cual entendió que se justificaba el juicio de acusación, pero no la condena (FJ 9º) del Alcalde del municipio canario de Yaiza porque: « *esta Sala arbitra dudas en cuanto al real conocimiento que tuviere de la ilegalidad de la actuación urbanística que posibilitó con los decretos que firmara.* » (FJ 9º). El veredicto funda este razonamiento en que el sujeto otorgó las licencias de segregación y de edificación (FJ 9º) en base a los informes

⁴³⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R., “La prevaricación urbanística. Artículo 320 del Código Penal”.

⁴⁴⁰ SAP de Almería (Sección 1ª). Sentencia núm. 119/2014 de 9 de abril, FJ 5º y 6º.

⁴⁴¹ SAP de Gran Canaria (Sección 1ª). Sentencia núm. 113/2011 de 9 de diciembre.

fraudulentos obrantes en los expedientes incoados, a pesar de las advertencias que le hiciera el Secretario del Ayuntamiento en sus informes (FJ 9º) y a pesar de su dilatada experiencia como primer edil de la localidad (FJ 9º). Finaliza la exculpación resaltando: « (...) *la exclusión del dolo eventual para esta figura delictiva* (...)» (FJ 9º).

En todo caso, parece admisible el error si el juicio de la autoridad se basa en informes que falsean la realidad, pues no existe la obligación de recabar segunda opiniones de otros informantes.

III. *ITER CRIMINIS*

Según GONZÁLEZ CUSSAC los delitos del art. 320 CP quedan consumados una vez han lesionado el bien jurídico en liza⁴⁴². La cuestión es que se trata de delitos de lesión, mas no de resultado material y, consecuentemente, son delitos de mera actividad⁴⁴³. En virtud de esta observación, no hace falta verificar el menoscabo ocasionado.

Por lo que se refiere al art. 320.1 CP, si el informe resulta desfavorable, se estaría ante una conducta atípica en el sentido literal del precepto, teniendo dos posibles finales: la complicidad del que emite si el informe carece de carácter vinculante y la cooperación necesaria en caso opuesto⁴⁴⁴. Todavía resta por decir que DE LA MATA BARRANCO sugiere que sin la licencia ilegal, el informe no será típico según el 320.1⁴⁴⁵, aunque en sentido opuesto se expresa la STS 568/2014⁴⁴⁶, con el mismo criterio que aquí se sigue. No obstante, en el ámbito administrativo se exige además,

⁴⁴² GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, p. 129.

⁴⁴³ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, p. 129,

⁴⁴⁴ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 324.

⁴⁴⁵ DE LA MATA BARRANCO en DE LA MATA BARRANCO (editor), *Delitos contra el Urbanismo y la Ordenación del Territorio*, p. 156; seguido por POZUELO PÉREZ, L., “La respuesta penal a la delincuencia urbanística”, nota 27, p. 79.

⁴⁴⁶ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 568/2014 de 7 de julio, FJ 4º: «*la conducta del recurrente, según dicha narración, incorpora todos los elementos integrantes de la infracción, es decir, la emisión de informes favorables, por funcionario público, a sabiendas de su injusticia, respecto de aspectos tales como la construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes.*»

para la materialización de la infracción, que la obra sea ejecutada⁴⁴⁷, a diferencia del penal.

En efecto, al plantearse que el informe sea desfavorable y proyecto y licencia resulten lícitos, no cabría aplicar esta conducta típica y si es favorable pero no infringe la normativa urbanística vigente, se tendrá como conducta atípica también en alusión a la ordenación del territorio⁴⁴⁸. Empero, sí habrá un ataque contra el correcto funcionamiento de la Administración⁴⁴⁹.

Enfocando la atención sobre el art. 320.2 CP al delimitar la conducta típica con la expresión votar o resolver “a favor” de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias, se hace necesario que se vote o se resuelva favorablemente⁴⁵⁰, aunque la jurisprudencia ha determinado en algunos supuestos que cabe la comisión por omisión, es decir, no haber votado o resuelto, pero generar los mismos efectos que de haberlo hecho al no decretar una demolición o denegar una licencia, caso que ya se comentó anteriormente al aludir a la conducta típica.

Lo que entiende GONZÁLEZ CUSSAC en torno al resultado es que no es cubierto por el tipo ya que está ausente en él el resultado de la prevaricación⁴⁵¹. Excluye los resultados penales, pero salvaguarda posibles efectos civiles y administrativos⁴⁵².

Sostiene también GONZÁLEZ CUSSAC que en los delitos de prevaricación cabe la tentativa incompleta o inacabada y que los actos preparatorios no son ilícitos⁴⁵³, tal y como se afirmó respecto del art. 319 CP. En relación a dichos actos, se contempla en sentido contrario por parte de la doctrina que si la obras ilegales no se han perpetrado, queda sin efecto la conducta típica de emitir informe del art. 320.1 y que será un mero acto preparatorio carente de ilicitud, subordinando su ilegalidad a que las

⁴⁴⁷ ERICE MARTÍNEZ, E., “Prevaricaciones urbanísticas: accesoriedad y subsidiariedad del Derecho Penal”, en *Cuadernos penales José María Lindón: Corrupción y urbanismo* (5), 2008, pp. 69-89, p. 82.

⁴⁴⁸ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 324.

⁴⁴⁹ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 324.

⁴⁵⁰ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Delitos urbanísticos*, p. 359.

⁴⁵¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, p. 130.

⁴⁵² GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, p. 130.

⁴⁵³ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, p. 131.

obras se inicien o estén iniciadas en el momento de comenzar las conductas del art. 320⁴⁵⁴.

Cosa parecida consideran algunas opiniones cuando no entienden consumado el delito del 320.1 si no llega a concederse la licencia, siendo entonces un acto atípico⁴⁵⁵.

Por el contrario, partiendo de la premisa de que estos comportamientos son independientes de que se lleven a cabo las obras y que son delitos de mera actividad consumados en el acto, no cabría la tentativa⁴⁵⁶. La ya meritada SAP de Islas Baleares 314/2014 también entiende que la tentativa en los delitos del 320 no es posible (FJ 6º):

Sobre la tentativa, debemos señalar que en este delito de prevaricación en tanto que es delito de peligro, no cabe la tentativa, se consuma con la emisión del dictamen o informe y su unión al expediente administrativo, sin que sea necesario que se lleve a cabo la obra autorizada como consecuencia de la licencia concedida con manifiesta ilicitud. En este caso además se revocó la licencia concedida, hecho no discutido, lo cual pone de manifiesto que el delito se consumó.

Si bien es cierto que surgen grandes dudas en aquellos casos de silenciamiento de infracciones o de pasividad de una Administración que no paraliza u ordena demolición alguna, pues en tales casos, si no hay obras a las que inspeccionar, es imposible la consumación por parte del funcionario o autoridad que: « (...) con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter (...)» o de aquellos otros casos en los que la pasividad sea equivalente a la concesión de licencia del 320.2. Aquí se debe hacer hincapié en que es necesaria la materialización de conductas propias del art. 319.1 y 2

⁴⁵⁴ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “La responsabilidad penal de la Administración urbanística: el art. 320 del Código Penal, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, de 21 de noviembre de 1996, pp.- 1-4, p. 3, seguido por DE LA MATA BARRANCO, N., “El art. 320.1: Prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas”, en DE LA MATA BARRANCO, N. (Editor), *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, Jornadas sobre delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Bilbao, 24 y 25 de marzo de 1998, ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998, pp. 129-176, p. 154 y 155.

⁴⁵⁵ CASTRO BOBILLO, J. C., “Los delitos contra la ordenación del territorio”, en *Actualidad Penal*, 1997, enero, pp. 405-418, seguido por DE LA MATA BARRANCO, N., “El art. 320.1: Prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas”, pp. 129-176, p. 155.

⁴⁵⁶ VV.AA, “Delitos sobre la ordenación del territorio”, p. 79.

para poder decir, en puridad, que se está cometiendo una comisión por omisión del 320.1 o del 320.2 como se ha apreciado.

IV. CONSECUENCIAS PENOLÓGICAS

Cuando el Poder Judicial enjuicia a autoridades y funcionarios en vía penal, no lo hace en base al art. 106.1 CE sobre la “potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa”, sino en sede del 117.3 CE en cuanto a la potestad jurisdiccional “juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado” por la subordinación de ciudadanía y Poderes públicos a la Constitución y el resto del Ordenamiento según establece el art. 9.1 CE⁴⁵⁷.

ACALE SÁNCHEZ entiende que, ante la pluralidad de bienes jurídicos, es de justicia imponer al funcionario público o autoridad penas de mayor contundencia que las previstas para promotores, constructores y técnicos directores, porque en caso contrario, se estaría ante un beneficio penológico injustificado⁴⁵⁸.

Lo que ocurre con el art. 320 CP es que presenta el reflejo del aumento de la sanción prevista en el art. 404, que ahora castiga con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo de nueve a quince años, más la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses propias del art. 320. Con ello el legislador ha querido mostrar su preocupación por los continuos ataques que sufre la imagen de la Administración y al mismo tiempo, aumentar el plazo de prescripción de estos delitos facilitando su persecución y respaldando la incidencia de estos delitos en la actividad administrativa y política.

⁴⁵⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R., “La prevaricación urbanística. Artículo 320 del Código Penal”. En este sentido, el autor: *«Los Jueces y Tribunales no controlan, pues, a la administración pública, sino que sencillamente, declaran cuando procede ejercer el ius puniendi del Estado contra la persona --autoridad o funcionario-- que se ha desviado en su comportamiento de la legalidad realizando el hecho penalmente típico.»*

⁴⁵⁸ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 348.

IV. FORMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

La primera variante a tener en cuenta es la de la autoría única. Es decir, recurriendo al art. 28 CP en puridad, según GONZÁLEZ CUSSAC: «*Son autores quienes realizan el hecho por sí solos (...)*»⁴⁵⁹, de forma que únicamente funcionarios y autoridades o asimilados serán autores de informar, silenciar, votar o resolver.

Observa GÓMEZ RIVERO que en sede del art. 320.1 y 2 el funcionario puede ser considerado como partícipe respecto del art. 319 por su contribución al delito contenido siempre que se implique de forma activa favoreciendo al informar favorablemente, votar o resolver⁴⁶⁰, incluso silenciando infracciones o investigaciones. Esta interpretación se subordina al supuesto en que la licencia ilícita conlleve la aparición de un hecho típico y antijurídico por la nulidad del acto administrativo y el tipo delictivo se configure en torno a la accesoriedad⁴⁶¹. Justifica su posición con la presencia del bien jurídico de la ordenación del territorio en el art. 320 CP para afirmar que las conductas que entraña son formas de participación de las tipificadas en el art. 319⁴⁶². También advierte que podrán considerarse supuestos de cooperación necesaria en las conductas del art. 320.1 y 320.2 son modos de cooperación necesaria con respecto a favorecer la comisión del delito del art. 319⁴⁶³.

Asimismo GONZÁLEZ CUSSAC únicamente estima acertada la opción de la coautoría en aquellas situaciones en las que todos los sujetos involucrados cumplan dos requisitos: ser funcionarios o autoridades, actuar de mutuo acuerdo, realizar la conducta en su ámbito competencial; y, por último, reunir las características requeridas por el tipo y por las propias categorías de autoría materializadas en uno o varios acuerdos arbitrarios⁴⁶⁴. A este respecto, la SAP de A Coruña 568/2013 estimó la

⁴⁵⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, cit., p. 132.

⁴⁶⁰ GÓMEZ RIVERO, M^a C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, p.77.

⁴⁶¹ GÓMEZ RIVERO, M^a C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, p.77.

⁴⁶² GÓMEZ RIVERO, M^a C., “La reforma de los delitos urbanísticos: luces, sombras y oscuridades en materia de corrupción”, p. 12.

⁴⁶³ GÓMEZ RIVERO, M^a C., “La reforma de los delitos urbanísticos: luces, sombras y oscuridades en materia de corrupción”, p. 12.

⁴⁶⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, p.133.

existencia de coautoría al hallarse implicado un órgano colegiado conforme al art. 320.2 (FJ 2º):

Tampoco cabe escudarse en el carácter colegiado del órgano, en la medida en que ese marco decisorio es fruto de una concurrencia de voluntades que hace que sus miembros contribuyan individualmente a la formación de esa voluntad ilícita común, lo que nos coloca ante un caso de coautoría dado que el hecho se realiza conjuntamente, con una idéntica participación causal en cada caso desarrollada en forma aditiva.

Bien al contrario, ACALE SÁNCHEZ no se inclina por aceptar como adecuada la coautoría argumentando que si el verbo “votar” por la concesión de la licencia es la conducta típica, resultarán tantas infracciones como votantes favorables y que, no siendo requisito necesario que se expida la autorización, se impide que surta efecto el título de imputación colectiva que conlleva la coautoría⁴⁶⁵. Evidente resulta que sólo se vota una vez y que es una acción estrictamente individual.

Asimismo, de acuerdo con el art. 28 CP, no puede excluirse la inducción y cooperación necesaria que admitiría la presencia de partícipes con fundamento en la unidad del título de imputación⁴⁶⁶. De este tenor resulta la ya meritada SAP de Baleares 120/2012, que no entendió posible la cooperación del Arquitecto Municipal en el art. 320.2: « (...) difícilmente cabe acusar al Arquitecto de haber cooperado en la prevaricación urbanística.» a pesar del informe injusto que emitió previamente, FJ 1º. Matiza en relación a este punto GONZÁLEZ CUSSAC que, si el particular comparece con informe o dictamen falso sin connivencia con el funcionario o autoridad, será responsable como inductor y el funcionario quedará al margen si actúa bajo engaño, pues no estará procediendo “a sabiendas” el funcionario instrumentalizado⁴⁶⁷ y en torno a esta cuestión TRENZADO ASENSIO defiende también que: «la función pública puede ser atacada, en sentido penal, desde fuera, por los particulares, o desde dentro por los funcionarios públicos o autoridades»⁴⁶⁸. Además, como afirma ACALE SÁNCHEZ, encaja como partícipe el funcionario o autoridad que, incurriendo en el

⁴⁶⁵ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 346

⁴⁶⁶ GARCÍA PLANAS, G., *El delito urbanístico (Delitos relativos a la ordenación del territorio)*, p. 103.

⁴⁶⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, p.132.

⁴⁶⁸ TRENZADO ASENSIO, Mª J., *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: la prevaricación urbanística*, cit., p. 213.

320.1, facilite la comisión del 320.2⁴⁶⁹. Hay que decir también que, con el mismo criterio de ACALE SÁNCHEZ, se posiciona la SJP de Ourense 2/2016 para concluir que el abogado asesor externo de la Concejalía de Urbanismo reúne las condiciones para ser cooperador necesario en el 320.2 al emitir informe favorable del 320.1.

De otra parte, la ya citada SAP de Islas Baleares 114/2011 condenó como cooperadora necesaria a una funcionaria por falsear informe del Celador de Obras Municipal, el cual fue redactado por la misma de su puño y letra:

(...) [participó como funcionaria del Área de Urbanismo del Ayuntamiento de Andratx] del delito de prevaricación, sí que cooperó eficazmente en su realización conforme al plan perseguido por el acusado (...) de obtener justificación documental a fin de legalizar la ilegal construcción y por eso mismo también participó y cooperó en el delito contra la ordenación del territorio, ya que el informe y Certificado falsos que ella elaboró habían sido solicitados para luego ser incorporados al expediente de licencia en el que se vertió el prevaricador informe del jurista.(Fallo)

Paralelamente, GONZÁLEZ CUSSAC tiene en cuenta que puede castigarse al particular, *extraneus*, como inductor, cooperador necesario y cómplice⁴⁷⁰. En la misma línea se sitúa la propia SAP de Baleares 114/2011 condenando al arquitecto en la medida en que: « (...) a través del proyecto ocultó y encubrió una construcción ilegal, concediendo apariencias de legalidad a lo que en origen era ilegal y afirmando en su proyecto con valor de documento público y deber de veracidad que incumbía a su autor, (...)» (FJ 3º) en relación con el abogado: « (...) el jurista que materialmente emitió el informe favorable a la concesión de la licencia a pesar de su manifiesta injusticia (...) » (FJ 3º). El mismo autor valora positivamente esta opción para poder solventar situaciones que no tienen forma de ser reconducidas hacia la autoría estricta, autoría mediata y coautoría porque, de lo contrario, se incurriría en graves incoherencias político-criminales⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 357.

⁴⁷⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, p.134.

⁴⁷¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, p. 134.

Habría que decir también que la SAP de Baleares 126/2011⁴⁷² condenó como cómplice a la propietaria de unos terrenos catalogados como Rústicos Protegidos (FH 1º) por la realización de actos que favorecieran completar un expediente administrativo de solicitud de licencia de obras de rehabilitación con apariencia de legalidad a favor de la concesión de la licencia. Estos actos fueron: dar instrucciones a la compradora de solicitar licencia, acudir a un arquitecto de su confianza para que redactara el proyecto y, por último, aportó unas fotografías dirigidas a dar una cierta apariencia de preexistencia de una vivienda en uso (FH1º).

Para GONZÁLEZ CUSSAC no resulta aceptable el supuesto en que el *intraneus* (funcionario o autoridad) instrumentalice al *extraneus* (particular) porque sólo el sujeto cualificado es apto para la realización de la conducta⁴⁷³. Por ello, y por rechazar también el caso contrario, considera la autoría mediata en todo caso⁴⁷⁴.

De cualquier forma, resulta que la jurisprudencia responsabiliza como partícipes en la prevaricación tanto a otro funcionario como a un particular u otro funcionario no competente⁴⁷⁵.

Por otra parte, también es interesante dejar aquí constancia de la situación del funcionario o autoridad que: « (...) *actúa en nombre o representación legal o voluntaria de otro (...)*», pues con la redacción actual del art. 31 CP, derivada de la LO 1/2015, se indica: «(...) *responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.*». Razona GONZÁLEZ CUSSAC que intentar la aplicación de este precepto a funcionarios y autoridades conlleva dos grandes dificultades: que no se erigen como administradores de hecho o de derecho; y que en la esfera de la función pública “actuar en nombre o representación legal o voluntaria de otro” es en puridad la delegación⁴⁷⁶. Ha de concluirse que, sólo recurriendo a dicha

⁴⁷² SAP de Islas Baleares (Sección 2ª). Sentencia núm. 126/2011 de 31 de octubre.

⁴⁷³ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, p. 132.

⁴⁷⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, p. 133.

⁴⁷⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, p.134.

⁴⁷⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, p. 136.

técnica, se determinará el órgano competente y del cual surja la resolución despótica⁴⁷⁷. Prosiguiendo con el mismo autor, para aquellos funcionarios que intervengan en sociedades públicas se podrá, por medio de la vía del art. 31 CP, podrán incurrir en delitos societarios, insolvencias punibles, estafas, apropiaciones indebidas, etc.⁴⁷⁸

V. CONCURSOS

1. Con el art. 319: delito común sobre la ordenación del territorio

Como reitera ACALE SÁNCHEZ, los delitos contenidos en el art. 319 entran en contacto con los delitos tipificados contra la Administración pública⁴⁷⁹.

En concurso con el art. 319, el art. 320 es de aplicación preferente, inclusive cuando el funcionario o autoridad resulte cooperador necesario, con más razón tras la LO 5/2010 porque ésta ha asimilado la penalidad de los dos arts., al determinar que las penas del 320 sean cumulativas y no alternativas⁴⁸⁰.

Observó la SAP de Almería 119/2014 concurso “instrumental” entre los arts. 320.1 y el 319.2 (FJ 2º). Lo propio hizo la SAP de Huelva 219/2014: « *Estos delitos continuados de prevaricación urbanística tienen causa en el afirmado delito contra la ordenación del territorio con carácter medial, siendo el instrumento necesario utilizado para cometerlo.*» (FJ 4º).

GÓMEZ TOMILLO rechaza la posibilidad de que el funcionario o autoridad se convierta en autor mediato del art. 319 porque: «*no es posible entender que estemos ante un constructor, promotor o técnico director (...)*»⁴⁸¹. Empero, la SAP de Huelva 219/2014⁴⁸², en su FJ 4º, observa una relación medial entre el art. 320.2 y el 319.1 por tratarse de un Alcalde y promotor que se concede licencia de obras a sí mismo.

⁴⁷⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, p. 136.

⁴⁷⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, p. 136.

⁴⁷⁹ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 268.

⁴⁸⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R., “La prevaricación urbanística. Artículo 320 del Código Penal”.

⁴⁸¹ GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo, Función pública y Derecho Penal*, nota 304, cit., p. 205.

⁴⁸² SAP de Huelva (Sección 1ª). Sentencia núm. 219/2014 de 2 de diciembre, FJ 4º: «*Estos delitos continuados de prevaricación urbanística tienen causa en el afirmado delito contra la ordenación del territorio con carácter medial, siendo el instrumento necesario utilizado para cometerlo.*»

De la misma idea se presenta la SAP de Tenerife 492/2014 cuando discurre que entre el: « (...) *delito de prevaricación urbanística, cometido con ocasión de la emisión de informes o de votos favorables al Proyecto aprobado en la sesión del Consejo Rector de la Gerencia de Urbanismo de 7 de diciembre de 2004 y el delito contra la ordenación del territorio existe una relación de concurso medial (...)*»⁴⁸³, entendiendo que, sin el apoyo del Consejo Rector aprobando el proyecto, el Ayuntamiento no hubiera podido ejecutar las obras. Ahora bien, no consideró que existiera concurso medial cuando las obras de otro proyecto no llegaron a iniciarse. Lo que este pronunciamiento sostiene es que debe existir una identidad de elementos lógicos, temporales o espaciales para deliberar sobre un posible concurso medial.

Vistas estas resoluciones, no se comparte el razonamiento de GÓMEZ TOMILLO.

Por el contrario TRENZADO ASENSIO⁴⁸⁴ y ACALE SÁNCHEZ⁴⁸⁵ entienden que, de producirse la concesión de la licencia, si existe acuerdo previo con el funcionario o autoridad, se estará desde el punto de vista de éste en un concurso del art. 320 frente al 319. En este supuesto, hay que tener en cuenta que de aplicar simplemente la pena del 319, se obviaría peligrosamente el objeto de protección del 320⁴⁸⁶.

Asimismo cuando la infracción del funcionario sea del 320.1 por silenciar una infracción o no realizar sus labores de inspección y se materialice una conducta del art. 319, existen dos vías para sancionar al funcionario o autoridad: como partícipe en el 319 mediando acuerdo con el sujeto activo de dicho precepto; o directamente en sede del 320.1⁴⁸⁷. La solución a esta disyuntiva propuesta por ACALE SÁNCHEZ consiste en que, ante la posibilidad de que respecto de la segunda vía se hablase de complicidad y por la pena superior del art. 320.1, se haga éste último de aplicación preferente⁴⁸⁸.

Mientras, GÓMEZ TOMILLO se posiciona en sentido contrario. Este autor considera que la existencia de acuerdo previo es superflua para que se dé la cualidad de

⁴⁸³ SAP de Tenerife (Sección 2ª). Sentencia núm. 492/2014 de 18 de noviembre, FJ 9º.

⁴⁸⁴ TRENZADO ASENSIO, Mª J., *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: la prevaricación urbanística*, p. 378.

⁴⁸⁵ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Delitos Urbanísticos*, p. 343.

⁴⁸⁶ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Delitos Urbanísticos*, p. 344.

⁴⁸⁷ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Delitos Urbanísticos*, p. 356.

⁴⁸⁸ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Delitos Urbanísticos*, p. 356.

cómplice o cooperador necesario respecto del art. 319⁴⁸⁹. Del mismo modo, la SAP 120/2012: « (...) ya que la regulación de la cooperación necesaria no requiere dicho requisito y cabe aceptar una cooperación sucesiva sin concierto previo (...)».

De esta manera, este discurrir termina desembocando en la SJP de Santa Cruz de Tenerife de 19 de febrero de 2014⁴⁹⁰ cuando considera a unos acusados autores simultáneos de las conductas tipificadas en los arts. 320.2 y 319.1, y al resto de los implicados los encuadra en la misma categoría dentro del 320.1 y 319.1.

2. Con el art. 404: delito de prevaricación administrativa

Por lo que se refiere a una confluencia con el art. 404, TRENZADO ASENSIO elimina la identidad entre la conducta típica del art. 320.1 con la del 404 en el sentido de que “informar favorablemente” no equivale a emitir resolución⁴⁹¹. Entiende que el informe no resuelve y, por tanto, dista de ser arbitrario. Se apoya, principalmente, en que sólo cabe la arbitrariedad en caso de resolución, tal y como entendió la SAP de Cádiz 19/2000⁴⁹². Asimismo, si se emite informe, pero no se produce resolución posterior, será conducta sancionada por el art. 320.1 sin más consecuencias que poner en peligro el bien jurídico ordenación del territorio, patrimonio cultural o recursos naturales y medio ambiente, y lesionar el funcionamiento de la Administración; si por el contrario, resulta que se resuelve o se vota favorablemente, sin que se concrete la comisión del art. 319, surge una cooperación necesaria respecto al 320.2 y autoría por el 320.1⁴⁹³. No obstante, en lo referente al art. 320 se aprecia concurso de normas, según el art. 8.1 CP, en beneficio del 320 por parte de SAP de Málaga 240/2011⁴⁹⁴. Explica esta relación concursal GONZÁLEZ CUSSAC, que opta por el criterio de especialidad, según el art. 8.1º CP, aplicando tanto la entendida prevaricación de los arts. 320, 322 y 329, y por consunción del 8.3º por ser preceptos más amplios o complejos⁴⁹⁵.

⁴⁸⁹ GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo, Función pública y Derecho Penal*, p. 205.

⁴⁹⁰ SJP de Santa Cruz de Tenerife (Nº 5). Sentencia de 19 de febrero de 2014, FJ 1º.

⁴⁹¹ TRENZADO ASENSIO, Mª J., *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: la prevaricación urbanística*, p. 378; ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Delitos Urbanísticos*, p. 352.

⁴⁹² FJ 1º: «Se ejerce arbitrariamente el poder cuando el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la aplicación de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico - a los que están sujetos tanto los poderes públicos como los ciudadanos según el artículo 9.1 CE - sino, pura y simplemente de su capricho, de su voluntad convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad.»

⁴⁹³ ACALE SÁNCHEZ, Mª, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 353.

⁴⁹⁴ SAP de Málaga (Sección 1ª). Sentencia núm. 240/2011 de 8 de abril.

⁴⁹⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, p. 140.

Por su parte, MARTÍNEZ ARRIETA concluye que el 320 reitera la fórmula del elemento “a sabiendas de su injusticia”, pero que amplía el marco de comportamientos ilícitos con las conductas de informar favorablemente, votar y resolver⁴⁹⁶. Añade el mismo autor que el art. 320 insiste en los sujetos activos “autoridad o funcionario público”⁴⁹⁷. La presencia de funcionarios y autoridades como sujetos activos determina que ambos preceptos contengan figuras típicas especiales porque únicamente estos sujetos tienen capacidad de lesionar el bien jurídico⁴⁹⁸ y sería correcto calificarlos como propios porque el funcionario público y la autoridad: «*forman parte del injusto objetivo*»⁴⁹⁹.

Habría que decir también que, por parte de POZUELO PÉREZ, la “resolución arbitraria” en el sentido literal no aparece en el art. 320, el cual determina el tipo de conductas y su afección a la legalidad urbanística, lo cual *per se* da pie a poder hablar de injusticia y arbitrariedad⁵⁰⁰, caso contrario a la realidad contenida en este artículo.

Una parte de la doctrina opta por entender que no es posible, en puridad, referirse a un concurso entre el art. 320 y el 404. De esta opinión es DE ALFONSO LASO, que argumenta que el art. 320 no entraña una prevaricación como tal⁵⁰¹ y el mismo autor ofrece dos argumentos a su favor: la agravación de la pena en el 320, por una parte, y la específica protección que ofrece a la ordenación del territorio respecto del art. 404⁵⁰². De la misma corriente resulta ACALE SÁNCHEZ al interpretar que las conductas tipificadas en el art. 320 criminológicamente son, posiblemente, prevaricaciones, pero que dogmáticamente no pueden ser tales por ser distinta su estructura típica⁵⁰³. Puntualiza además que la intención del legislador era dar solución al problema que suscita la pluralidad de sujetos intervinientes y de los bienes jurídicos en juego, razón

⁴⁹⁶ MARTÍNEZ ARRIETA, A., “Prevaricación y delitos contra la Ordenación del Territorio”, p. 38.

⁴⁹⁷ POZUELO PÉREZ, L., “La respuesta penal a la delincuencia urbanística”.

⁴⁹⁸ GORRIZ ROYO, *Los delitos de prevaricación urbanística*, p. 87.

⁴⁹⁹ GORRIZ ROYO, *Los delitos de prevaricación urbanística*, p. 88.

⁵⁰⁰ POZUELO PÉREZ, L., “La respuesta penal a la delincuencia urbanística”, nota 26, p. 79.

⁵⁰¹ En el mismo sentido: ÁLVAREZ VALEIJE, I., “Reflexiones sobre la eficacia de los delitos contra la Administración Pública en materia de corrupción urbanística”, *Cuadernos penales José María Lindón: Corrupción y urbanismo* (5), 2008, pp. 31-60, p. 38. Disponible: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/lidon/lidon05.pdf> (Consultado: 01/10/2015).

⁵⁰² DE ALFONSO LASO, D., “Cuestiones prácticas en el orden penal sobre los delitos contra la ordenación del territorio” en QDL (26), pp. 89-111. Disponible: http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/999/qdl26_08_alfonso.pdf?sequence=1 (Consultado: 01/10/2015), cit., p. 99.

⁵⁰³ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 307.

por la cual se recurre igualmente a una pluralidad de conductas como son: informar, inspeccionar, votar o resolver.

En sentido opuesto, MARTÍNEZ ARRIETA⁵⁰⁴ entiende el art. 320 contiene una prevaricación específica frente a una genérica en el 404 por imponer privación de libertad junto a la pena de multa y la inhabilitación especial⁵⁰⁵, es decir, que la pena prevista en el art. 404 se traslada al 320 por remisión⁵⁰⁶.

Por su parte, MIR PUIG entiende que la conducta de “informar” del 320.1 no es sinónima de resolver y que sólo constituye una participación en la verdadera prevaricación pues auxilia al funcionario o autoridad que verdaderamente prevarica y asciende el sujeto desde la categoría de partícipe a la de autor⁵⁰⁷.

En el sentido favorable a la concepción de prevaricación específica también se alinea GORRIZ ROYO, quien interpreta que existe una «*relación de especialidad*» y que esta conclusión es la más razonable tras comparar la estructura y contenido de ambos preceptos⁵⁰⁸. Avanzando en este razonamiento, la misma autora agrega junto a los elementos comunes otros tres diferenciadores: la ampliación de la tipicidad de las conductas con la adición de “informar favorablemente”; la responsabilidad expresa de órganos administrativos colegiados con “votar o resolver a favor”; la omisión del deber de inspeccionar o denunciar, y, por último, el aumento de la pena. De todo ello, deduce que se genera el carácter pluriofensivo de las conductas tipificadas en el 320 por lesionar a un «*bien jurídico categorial*» y a la ordenación del territorio como su bien jurídico respectivo⁵⁰⁹. Entiende que la principal razón que hace especial la prevaricación en el 320 radica en la traslación de la pena del 404 al 320, como se ha mencionado, porque la misma aplicada simultáneamente con las penas propias del 320 revela la lesión de bienes jurídicos distintos⁵¹⁰: el «*categorial*» o «*institucional*»⁵¹¹ concretado en el sometimiento

⁵⁰⁴ MARTÍNEZ ARRIETA, A., “Prevaricación y delitos contra la Ordenación del Territorio”, p. 38.

⁵⁰⁵ MARTÍNEZ ARRIETA, A., “Prevaricación y delitos contra la Ordenación del Territorio”, p. 39.

⁵⁰⁶ GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p.122.

⁵⁰⁷ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, en Biblioteca de Derecho Penal, ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona 2000, p. 88, seguido por TREZADO ASENSIO, M^a J., *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: la prevaricación urbanística*, p. 191.

⁵⁰⁸ GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, p. 84.

⁵⁰⁹ GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, p. 85 y 86.

⁵¹⁰ En sentido equivalente, ACALE SÁNCHEZ, M^a, “Delitos urbanísticos: la confluencia de voluntades delictivas”, p. 192.

de las resoluciones administrativas a la Ley y al Derecho⁵¹²; y el bien jurídico específico de la ordenación del territorio⁵¹³.

Para GÓMEZ RIVERO, en favor de la prevaricación específica, debe matizarse que: « (...) entre las conductas que por suponer un acto resolutorio podrían reconducirse a la prevaricación, no castiga todas las posibles formas de manifestarse, sino sólo aquellas que pueden tener incidencia en la ordenación del territorio, cifradas en el sentido favorable a la concesión de la respectiva licencia.»⁵¹⁴

En cualquier caso, la mayor parte de la jurisprudencia se muestra favorable al reconocimiento de la prevaricación específica, como así lo hace la SAP de A Coruña 51/2013⁵¹⁵:

(...) el aumento de penalidad del art. 320.2 CP., respecto del art. 404 CP., y la expresa remisión a éste que aquél realiza implican que aquel precepto, además de proteger la ordenación del territorio, sanciona la conducta contraria a la Administración Pública de la autoridad o funcionario que vulnere conscientemente la legalidad, por lo que, castigada en el caso con arreglo al primero de los preceptos la conducta del acusado respecto de la obra, ha de examinarse con suma cautela, en evitación de una injustificada duplicidad de sanciones, la hipótesis de que deban ser castigados de forma independiente actos que participan de esa misma voluntad de dar amparo legal a una obra ilegal.

Del mismo tenor, la SAP de Islas Baleares 314/2014⁵¹⁶ y la SAP de Málaga 618/2005 cuando estima:

⁵¹¹ GÓMEZ RIVERO, M^a C., *El régimen de las autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, p. 73; seguido por GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, p. 123.

⁵¹² GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, p. 123.

⁵¹³ GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, p. 124.

⁵¹⁴ GÓMEZ RIVERO, M^a C., “La reforma de los delitos urbanísticos: luces, sombras y oscuridades en materia de corrupción”, cit., p. 11.

⁵¹⁵ SAP de A Coruña (Sección 6^a). Sentencia núm. 51/2013 de 22 de febrero. FJ 3º.

⁵¹⁶ SAP de Islas Baleares (Sección 1^a). Sentencia núm. 314/2014 de 10 de noviembre. FJ 3º: «Este delito del art. 320 es, pues, una modalidad agravada y especial del delito genérico de prevaricación por razón del bien jurídico protegido, la ordenación del territorio, para sancionar aquellas conductas que perjudican gravemente la ordenación del suelo o infringen de modo patente la normativa dictada para su utilización ordenada, orientada al interés general.».

(...) el 320.1 CP, (...) tipifica una figura especial de la prevaricación, cuya previsión independiente se justifica precisamente por las características que le separan del referido art. 404 y que, esencialmente, es, en primer lugar, la de la especialidad de la materia a la que se refiere, que no es otra que la de la información favorable o concesión de licencias urbanísticas⁵¹⁷.

Para concluir este apartado, hay que decir que no son equiparables ambos artículos porque el art. 320 ha resultado ser de carácter pluriofensivo, donde predominaría el bien jurídico ordenación del territorio, y el 404 solamente protege el funcionamiento de la Administración pública. Por consiguiente resulta evidente que no comparten ambos delitos Título, siendo el XVI para el art. 320 y XIX para el 404. Dicho esto, eliminado el carácter de prevaricación específica, queda como posible un concurso de normas favorable al art. 320 por el criterio de subsidiariedad del art. 8.2º CP y no por el de especialidad del 8.1º CP, que sería aplicable de considerar la prevaricación específica como válida, en cuyo caso la afectación al bien jurídico del funcionamiento de la Administración pública sería por partida doble.

3. Con los arts. 390 y 392: delito de falsedad documental

Otra relación concursal es la apreciada con delitos de falsedades y estafas, situación aceptada por GONZÁLEZ CUSSAC⁵¹⁸ y ejemplificada en un concurso ente falsedad en documento oficial cometido por particular del art. 392 y un delito del 320.2 como medial, a raíz del razonamiento extraído de la SAP de Islas Baleares 114/2011 (FJ 3º): *«(...) a juicio de esta Sala la falsedad y la prevaricación se cometieron en relación de concurso medial (...)»*, y además: *«(como ocurre con el Certificado e informe falsos que son medio para la prevaricación y la relación entre ambos ilícitos es de concurso medial)»* (FJ 4º). Interpretó la misma sentencia concurso real de estos dos delitos frente al del art. 319.1.

Por su parte, la aludida SAP de Gran Canaria 113/2011 respecto a la falsedad del informe técnico, entendió subsumida ésta en el propio delito del art. 320.1 puesto que no atendió a la acusación del delito de falsedad en documento oficial del art. 390

⁵¹⁷ SAP de Málaga (Sección 2ª). Sentencia núm. 618/2005 de 9 de noviembre, FJ 1º, comentada por TREZADO ASENSIO, Mª J., *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: la prevaricación urbanística*, p. 193.

⁵¹⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, p. 140.

respecto del Arquitecto Técnico Municipal en base a la siguiente argumentación en concurso medial:

(...) no es posible la apreciación autónoma del delito de falsificación en documento público del art. 390.1.4º CP (...) , pues la sustancial alteración de la realidad jurídica del suelo afectado por las licencias sometidas a la consideración de esta Sala forman parte de la dinámica comisiva apreciada respecto del delito del art. 320.1 del CP , pues precisamente la mendacidad de esos informes surge para modificar la ordenación del territorio en sentido contrario a la normativa urbanística objeto de aplicación, lo que constituye el interés que tutela la norma penal principalmente apreciada que agota toda el desvalor de su conducta. (FJ 10º).

Esta última sentencia parece seguir un parecer oportuno tal y como entiende que sería enjuiciar dos veces la misma conducta de admitir la falsedad respecto del informe emitido. Bien pensado es más apropiado entender la falsedad de documento público o privado como distinto al informe pero, simultáneamente, que sea instrumento para favorecer la concesión de licencia o la aceptación del proyecto, pero la mendacidad del informe favorable es inherente a la conducta del 320.1.

4. Delito continuado

Finalmente, tampoco habría que olvidar el delito continuado cuando se cumplan los requisitos del art. 74.1, en opinión de GONZÁLEZ CUSSAC⁵¹⁹, requiriendo para ellos varias resoluciones injustas. De este tenor se presenta la SAP de Granada 265/2015⁵²⁰, que condenó a los acusados por prevaricación ordinaria y específica ambas por constituir delitos continuados. Las conductas se basan en la concesión de cuatro licencias por el Alcalde con consentimiento previo de los Concejales imputados por acuerdo unánime y también de forma unánime: *(...) votaron favorablemente la adopción de tres acuerdos por los que se concedía licencia de ocupación para dieciséis, dos y veintiocho viviendas (...), (FH Único), entre otras conductas.*

Con pronunciamiento similar se suma la meritada STS 568/2014 reafirmando la SAP de Islas Baleares 116/2013⁵²¹ que condenó por un delito de prevaricación

⁵¹⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, p. 141.

⁵²⁰ SAP de Granada (Sección 2ª). Sentencia núm. 265/2015 de 23 de abril.

⁵²¹ SAP de Islas Baleares (Sección 1ª). Sentencia núm. 116/2013 de 29 de octubre.

urbanística continuada del art. 320.1 CP a un Aparejador Municipal o Arquitecto Técnico del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany por emitir hasta tres informes ilícitos a favor del mismo promotor y misma obra.

Todavía más, la STSJ de Islas Canarias ¿/2012 de 5 de noviembre⁵²² contempló como delito continuado del art. 320.2 la concesión de dos licencias de obras a dos sujetos distintos de dos localidades diferentes pertenecientes al mismo municipio de Tegui, cuando los Arquitectos Técnicos Municipales del Ayuntamiento emitieron informes contrarios al otorgamiento de ambas licencias, al no disponer el Municipio de Plan General o Normas Subsidiarias Municipales (FH 1º).

En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Alicante 118/2012⁵²³ cuando el Alcalde otorgaba injustamente licencia de obra mayor primero y de obra menor después al mismo solicitante y para la misma edificación. Otro tanto ocurre con la SAP de Gran Canaria 3/2010⁵²⁴ condenando al Alcalde y dos Tenientes de Alcalde por otorgar tres licencias de obra en dos Juntas de Gobierno con informes desfavorables técnicos y jurídicos. En similares circunstancias, por otorgar licencia de obras el 20 de octubre y de primera ocupación el 14 de noviembre de 2005 con identidad de sujeto y edificación, ratifica condena por delito continuado del art. 320.2 al Alcalde de Cambil, quien actuó desoyendo de forma reiterada al Aparejador Municipal, como así consta en el FJ 4º de la SAP de Jaén 4/2011⁵²⁵.

Ahora bien, no apreció delito continuado la SAP de Granada 705/2014⁵²⁶ por tratarse: « (...) de dos únicos informes técnicos emitidos por este funcionario del ayuntamiento en dos momentos considerablemente distanciados en el tiempo (2005 y 2008) y en muy distintos expedientes de licencia urbanística (...)» (FJ 1º).

Probablemente es más acertado reconocer esta figura atendiendo a la identidad del infractor, al precepto penal infringido en cada acción sancionable por separado, el dolo único y el mismo *modus operandi* en cada actuación según STS 367/2006. En esta visión nada se dice del tiempo transcurrido entre cada una de las conductas.

⁵²² STSJ de Islas Canarias (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. ¿/2012 de 5 de noviembre.

⁵²³ SAP de Alicante (Sección 3ª). Sentencia núm. 118/2012 de 7 de marzo.

⁵²⁴ SAP de Gran Canaria (Sección 1ª). Sentencia núm. 3/2010 de 28 de enero.

⁵²⁵ SAP de Jaén (Sección 3ª). Sentencia núm. 4/2011 de 14 de enero.

⁵²⁶ SAP de Granada (Sección 2ª). Sentencia núm. 705/2014 de 28 de noviembre.

VI. SISTEMA DE PRESCRIPCIÓN

Los delitos contenidos en el art. 320 son de consumación instantánea⁵²⁷, detalle especialmente relevante a efectos del cómputo temporal para la prescripción del delito. En consonancia con esta reflexión, la SAP de Granada 22/2014⁵²⁸ interpreta, (FJ 5º), que el cómputo comienza al conceder o informar favorablemente, consumado así el delito: « (...) *que se concedió licencia ampliatoria del conjunto*), y (...) *en que se informó favorablemente la expresada licencia*) (...) ».

Como ya preveía la LO 5/2010, se castigan estas conductas con las penas previstas en el art. 404, más las propias del 320. Ahora bien, las penas establecidas en el art. 404 se han visto elevadas por la LO 1/2015, pero no su prescripción. Por lo tanto, desde el 1 de julio de 2015 el castigo previsto en el art. 404 no se limita a inhabilitación especial para empleo o cargo público de siete a diez años, sino que el reciente endurecimiento establece, junto a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, la misma para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años. La pena genuina del art. 320, de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses, ha permanecido inalterada.

De esta forma, no puede ahora entenderse la prescripción en atención a los plazos y reglas incorporados al CP a través de la LO 5/2010 puesto que en caso de pena compuesta, con la nueva redacción, se aplicará el período de prescripción de la pena que requiera un mayor plazo en virtud del art. 131.2 CP. Sin esta modificación, se estaría hablando de un período de prescripción de diez años.

En consecuencia, para la prescripción del delito se tendrá en cuenta la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y el ejercicio de sufragio pasivo de nueve a quince años. Con ello, se tiene que aplicar la regla del art. 131.1 que dicta que será a los quince años, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de diez años.

Llegados a este punto, hay que plantear el escenario en que las conductas previstas en el art. 320 se relacionen con otros delitos. Según la STS 901/2012, ya

⁵²⁷ TRENZADO ASENSIO, Mª J., *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: la prevaricación urbanística*, p. 421.

⁵²⁸ SAP de Granada (Sección 2ª). Sentencia núm. 22/2014 de 15 de enero.

citada, es exigible alguna participación en la comisión de las infracciones para retrotraer a efectos de prescripción la fecha de inicio del cómputo a hechos anteriores a la prevaricación urbanística:

(...) en supuestos como el que se contempla, la ejecución de un acto criminal posterior retroactúe, a efectos de prescripción, en la esfera de uno de los previamente implicados en esa secuencia, es preciso que pueda imputársele alguna forma de participación en él. Lo que, trasladado al caso de la recurrente, supone que si no hay nada del delito de prevaricación urbanística susceptible de reprochársele por algún título de imputación, la sola implicación en los delitos de falsedad y contra la ordenación del territorio no basta, por más que entre las conductas constitutivas de éstos y la de aquél sea materialmente constatable la existencia de un nexo, como el que aquí ha visto la sala, y que realmente concurre, bien que en ese solo plano.

Sirvan también como ejemplos prácticos en cuanto a prescripción en relaciones concursales: la SAP de Almería 119/2014 que, al apreciar concurso medial entre el art. 319.2 y 320.1: « (...) obliga a tener en cuenta el delito con pena más grave a efectos de computar la prescripción (...)» (FJ 2º); y la SAP 114/2011: « (...) y en estos casos mientras no prescriba el delito más grave (el de prevaricación) no prescriben los demás castigados con inferior pena.» (FJ 4º). De la misma terna resulta la SAP de Huelva 219/2014: « (...) la imputación de un delito de prevaricación urbanística como medio de comisión de un delito contra la ordenación del territorio lleva a que el plazo de prescripción se tome en consideración respecto del delito más grave (...)» (FJ 5º).

De acuerdo con la reforma operada en 2015, el art. 132.1 expone respecto del cómputo de los plazos:

Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.

Las reglas de interrupción de la prescripción de los delitos anulan el tiempo transcurrido a favor de la prescripción y vienen dadas en el 132.2.

Cuando la prescripción sea la de la pena impuesta por sentencia firme, con el agravamiento de la pena de inhabilitación especial del art. 404, puede ser de hasta veinte años según el art. 133.1 CP cuando supere los diez años; será de quince años cuando la pena de inhabilitación sea superior a seis años y no supere los diez, lo cual no parece fácil cuando el mínimo es de nueve años de pena.

Otra de las novedades incluidas por la LO 1/2015 es que el art. 134.2 subordina la suspensión del cumplimiento de la pena a lo dispuesto en el art. 75 CP. Con esta innovación, el número primero ha sido igualmente modificado para establecer que: *«el tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse.»*

CONCLUSIONES PROPUESTAS

Las conclusiones que pueden ofrecerse al término de este estudio son las siguientes:

1. Los sujetos de los arts. 319 y 320 se mueven por caminos paralelos en los tipos penales, pero indisolublemente unidos en gran parte de la casuística. Por esta razón las políticas preventivas deben ir en dos direcciones: por un lado, concienciar a la ciudadanía sobre el valor del suelo y el interés del legislador por protegerlo de las agresiones a las que está expuesto; y por otro lado, que la Administración local ejerza su rol de garante de la legalidad urbanística de forma efectiva reaccionando de forma contundente ante la ejecución de obras ilícitas.
2. La solución más próxima a poner fin a gran parte de los debates suscitados en torno a los elementos descriptivos de los arts. 319 y 320 CP sería la creación de una ley sectorial de delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en la que se definan, en sede de estos tipos penales, los suelos, los sujetos, las conductas y sus consecuencias jurídicas de forma que no fueran tantas las lagunas a cubrir con la jurisprudencia y la doctrina. Con ello sería posible ahorrar esfuerzos interpretativos y hermenéuticos a la dogmática, los Tribunales y a todos aquellos sujetos que intervengan de un modo u otro en la construcción, otorgando una seguridad jurídica que todavía dista de ser real en torno a estas conductas típicas, ya asentadas en nuestro Código Penal pero todavía controvertidas para los operadores jurídicos.
3. Por lo demás, ya existen textos vigentes que pueden servir de precedentes como la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados o la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, incluso puede citarse como ejemplo a seguir también la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Todas ellas dotan de mayor concisión a determinados tipos penales y ofrecen argumentos sólidos para imponer las respuestas punitivas previstas con mayores garantías. Afirmar que se incurriría en una regulación farragosa e inoperante por crearse un desdoblamiento entre lo Penal y lo Administrativo no tiene sentido si se atiende

a que exclusivamente el Código Penal tipifica delitos y que estas leyes especiales sirven como instrumentos que facilitan su aplicación y clarifican categorías y conceptos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Manuales y monografías

ACALE SÁNCHEZ, M^a, *Delitos Urbanísticos*, ed. Cedecs, Barcelona, 1997.

- *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, ed. Bosch, Barcelona, 2011.

DEL ARCO TORRES, M. A. / PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción (Aspectos administrativos, civiles y penales)*, ed. Comares, Granada, 1997

DE VEGA RUIZ, J. A., *Delitos contra medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código Penal de 1995*, ed. Colex, Madrid, 1996.

FERNÁNDEZ, T. R., *Manual de Derecho urbanístico*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, M. B., *La ordenación del territorio en España: evolución del concepto y de su práctica en el siglo XX*, ed. Universidad de Sevilla (Secretariado de Publicaciones) - Consejería de Obras Públicas y Transportes (Servicio de Publicaciones), Sevilla, 2006.

GARCÍA PLANAS, G., *El delito urbanístico (Delitos relativos a la ordenación del territorio)*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

GÓMEZ RIVERO, M^a C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo, Función pública y Derecho Penal*, ed. Comares, Granada, 2000.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente, territorio, urbanismo y Derecho Penal*, ed. Bosch, Barcelona, 2007.

SÁNCHEZ ROBERT, M^a J.: *El delito urbanístico. El artículo 319 del Código Penal español*. Tesis doctoral, ed. Universidad de Granada, Granada, 2012. Disponible: <http://hera.ugr.es/tesisugr/20981193.pdf>.

TRENZADO ASENSIO, M^a J., *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: la prevaricación urbanística*, Tesis doctoral, ed. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2013. Disponible: <http://www.tdx.cat/handle/10803/108339>

ÚBEDA TARAJO, F. E., *La responsabilidad por el otorgamiento de licencias ilegales*, ed. Iustel, Madrid., 1996.

VALERA ESCOBAR, G., *Régimen Jurídico General de la Licencia Municipal de Obras y Apertura de Establecimiento en Andalucía*, ed. Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2008.

Tesinas

MACÍAS SAÑUDO, M^a G, *Los delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo. Un estudio integrado y renovado del artículo 319 del Código Penal. Una aproximación práctica al artículo 320 del Código Penal en la corrupción urbanística malagueña*. Trabajo Fin de Máster. Jerez de la Frontera, Universidad de Cádiz, 2014.

Capítulos de libros colectivos

CASTILLO BLANCO, F. A., “La Disciplina Urbanística”, en JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A. y REBOLLO PUIG, M. (Coords.) y REBOLLO PUIG, M., (Dir.), *Derecho Urbanístico de Andalucía: Comentarios a la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 519-596.

DOMÍNGUEZ, J. A. / HERNÁNDEZ, J. / FARRÉ, E. / GRINDA, J. / HERVÁS, J. V. / SOSPEDRA, F. J. / HERREROS, M. J., “Delitos sobre la ordenación del territorio”, en GANZENMÜLLER ROIG, C. ESCUDERO MORATALLA, J.F., y FRIGOLA VALLINA, J. (Dir., y Coords.), *Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva (delitos de riesgo catastrófico e incendios)*, ed. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 11-88.

JURADO ALMONTE, J. M., “Ordenación del Territorio y Urbanismo: conflictos y oportunidades” en JURADO ALMONTE, J. M., (Coord.), *Ordenación del Territorio y Urbanismo: conflictos y oportunidades*, ed. Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2011, pp. 51-80.

REBOLLO PUIG, M., “La disciplina urbanística”, en REBOLLO PUIG, M. (Coord.), *Derecho Urbanístico y Ordenación del Territorio en Andalucía*, ed. Iustel, Madrid, 2007, pp. 445-509.

SOUTO GARCÍA, E., “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo” en FARALDO CABANA (Dir.) y PUENTE ABA, L. M^a (Coord.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código Penal y la legislación especial*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 141-176.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. “El bien jurídico protegido” en *Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente en el Código Penal y la Legislación especial*, FARALDO CABANA, P. (Directora) y PUENTE ABA, L. M^a (Coord.), ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 77-89.

ZAMORANO WISNES, J., “La crisis del modelo urbanístico español. Especial referencia a Andalucía” en JURADO ALMONTE, J. M. (Coord.), (2011), *Ordenación del Territorio y Urbanismo: conflictos y oportunidades*, ed. Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2011, pp. 245-292.

Informes, declaraciones y dictámenes

CONSEJO DE EUROPA, Carta Europea de Ordenación del Territorio, Torremolinos, Conferencia Europea de Ministros Responsables de la Ordenación del Territorio 1983, sin paginar. Disponible:

<http://www.ehu.eus/Jmoreno/ArchivosPOT/CartaEuropeaOT.pdf>

DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 14/5404 dirigida a Ayuntamiento de Cantoria, (Almería). Disponible: <http://www.defensordelpuebloandaluz.es/que-el-ayuntamiento-pida-responsabilidades-a-quien-corresponda-ante-la-indemnizacion-a-los>

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA ESTATAL, Informe 41/08, de 2 de diciembre de 2008. “Redacción de Proyectos. Innecesariedad de visado de colegios profesionales y no vinculación del precio a tarifas oficiales”. Disponible:

<http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2008/Informe%2041-08.pdf>

TRIBUNAL SUPREMO, *Crónicas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Año judicial: 2006-2007, 2007. Disponible: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Actividad-del-TS/Cronica-de-Jurisprudencia/Cronica-de-la-jurisprudencia-del-Tribunal-Supremo--2006-2007>

Actas de congresos y seminarios

ACALE SÁNCHEZ, M^a, “Delitos urbanísticos: la confluencia de voluntades delictivas”, en TERRADILLOS BASOCO, J. M^a y ACALE SÁNCHEZ, M^a (Coords.), *Nuevas tendencias en Derecho Penal Económico*, Seminario Internacional de Derecho Penal, ed. Universidad de Cádiz, Jerez de la Fra., 24, 25 y 26 de septiembre de 2007, ed. Universidad de Cádiz (Servicio de Publicaciones), Cádiz, 2007, pp. 155-205

ACALE SÁNCHEZ, M^a, “El artículo 319.2: edificación no autorizable en suelo no urbanizable”, en DE LA MATA BARRANCO, N. J. (Editor), *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, Jornadas sobre delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Bilbao, 24 y 25 de marzo de 1998, ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998, pp. 49-72.

CHAMIZO CALVO, L. T., “Las licencias urbanísticas”, *Curso sobre el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Consejería de Obras Públicas y Vivienda, sin editar, Cádiz, 2010, sin paginar.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Consideraciones acerca de los delitos sobre la Ordenación del Territorio a la luz del Derecho comparado”, en DE LA MATA BARRANCO (Editor), *Delitos contra el Urbanismo y la Ordenación del Territorio*, de las *Jornadas sobre delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Bilbao, 24 y 25 de marzo de 1998, ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998, pp.197-221.

DE LA MATA BARRANCO, N., “El art. 320.1: Prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas”, en DE LA MATA BARRANCO, N. (Editor), *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, Jornadas sobre delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Bilbao, 24 y 25 de marzo de 1998, ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998, pp. 129-176.

FERNÁNDEZ ARIAS, P., “La delimitación entre el género construcción y la especie edificación. La vocación de permanencia de la construcción: problemática específica de las cabañas de madera o de chapa metálica en suelo rústico con suministros de agua y luz”, *Encuentro de Magistrados de los Órdenes Jurisdiccionales Penal y Contencioso-Administrativo con Fiscales Adscritos de Forma Más Permanente a los Asuntos de cada una de estas Jurisdicciones*, organizado por el Foro de Formación y Estudios Medioambientales del Poder Judicial en la Comunidad Autónoma Andaluza, pp. 70—

79), sin editar. Sevilla, España, 13 y 14 de diciembre de 2007. Disponible: www.juntadeandalucia.es/.../formacion_juecesEncuaMedAmbSev.doc

IZQUIERDO MARTÍN, P., “Intervención mínima y protección penal de la Ordenación del Territorio. Limite a su recurrente invocación”, *Encuentro de magistrados de los órdenes jurisdiccionales penal y contencioso-administrativo con fiscales adscritos de forma más permanente a los asuntos de cada una de estas jurisdicciones*, celebrado por Foro de Formación y Estudios medioambientales del Poder Judicial en la Comunidad Autónoma de Andalucía, 14 y 15 de diciembre de 2007 sin editar, Sevilla, pp. 152-202. Disponible: www.juntadeandalucia.es/.../formacion_juecesEncuaMedAmbSev.doc

NÚÑEZ SÁNCHEZ, Á., *Delitos urbanísticos*, en las XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado dedicadas al Nuevo Código Penal, celebradas en Madrid los días 17 y 18 de noviembre de 2010. Sin editar. Sin paginar. Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292342419961?blobheader=application%2Fpdf&blobheadervalue1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia_de_Angel_Nunez_Sanchez.PDF
http://www.gestiplan.com/blog/documentos/2011/1106_conferenciaifiscal.pdf

- “Las medidas cautelares en los delitos contra la Ordenación del Territorio. Especial referencia a su anotación registral. Los complejos delictivos de conductas susceptibles de integrar los requisitos típicos del artículo 319 cp., los de falsedad documental y estafa”, *Encuentro de Magistrados de los Órdenes Jurisdiccionales Penal y Contencioso-Administrativo con Fiscales adscritos de forma más permanente a los asuntos de cada una de estas jurisdicciones*, pp. 5-25. Disponible:

www.juntadeandalucia.es/.../formacion_juecesEncuaMedAmbSev.doc

RUFINO RUS, J., “Error de tipo y de prohibición a propósito de los elementos normativos del tipo” en *Encuentro de Magistrados de los Órdenes Jurisdiccionales Penal y Contencioso-Administrativo con Fiscales Adscritos de Forma Más Permanente a los Asuntos de cada una de estas Jurisdicciones*, organizado por el Foro de Formación y Estudios Medioambientales del Poder Judicial en la Comunidad Autónoma Andaluza. Sin editar. Sevilla, 13 y 14 de diciembre de 2007, pp. 115-127. Disponible: www.juntadeandalucia.es/.../formacion_juecesEncuaMedAmbSev.doc

GAMERO RUIZ, E. M^a, “La Inspección Urbanística en Andalucía”, Portal Adriano. Disponible:

http://www.juntadeandalucia.es/justicia/portal/adriano/.content/recursosexternos/fomacion_juecesGAMERO.pdf

Artículos de revista

ÁLVAREZ VALEIJE, I., "Reflexiones sobre la eficacia de los delitos contra la Administración Pública en materia de corrupción urbanística", *Cuadernos penales José María Lindón: Corrupción y urbanismo* (5), 2008, pp. 31-60. Disponible: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/lidon/lidon05.pdf>

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R., "La prevaricación urbanística. Artículo 320 del Código Penal", en *Revista Jurídica de Canarias* (26), 2012, sin paginar. Disponible: <http://0-www.tirantonline.com.diana.uca.es/tol/documento/lectura/2591714>

DE ALFONSO LASO, D., "Cuestiones prácticas en el orden penal sobre los delitos contra la ordenación del territorio" en *Cuadernos de Derecho Local* (26), pp. 89-111. Disponible:

http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/999/qdl26_08_alfonso.pdf?sequence=1

ERICE MARTÍNEZ, E., "Prevaricaciones urbanísticas: accesoriedad y subsidiariedad del Derecho Penal", en *Cuadernos penales José María Lindón: Corrupción y urbanismo* (5), 2008, pp. 69-89. Disponible: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/lidon-es/lidon01c>

GÓMEZ RIVERO, M^a C., "La reforma de los delitos urbanísticos: luces, sombras y oscuridades en materia de corrupción", en *Revista General de Derecho Penal* (14), 2010, pp. 1-19. Disponible: <http://0-www.iustel.com.diana.uca.es/v2/b.asp?texto=LA%20REFORMA%20DEL%20DELITO%20URBAN%20CDSTICO:%20LUCES%20SOMBRAS%20Y%20OSCURIDADES%20EN%20MATERIA%20DE%20CORRUPCI%20D3N>

MATELLANES RODRÍGUEZ, N., "Algunas notas sobre la dificultad de demarcar un espacio de tutela penal para la ordenación del territorio", en *Revista Penal* (8), 2001, pp. 60-70. Disponible: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/115/110>

POZUELO PÉREZ, L.: "La respuesta penal a la delincuencia urbanística", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (12), 2008. Disponible: https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/12/071_098%20Laura%20Pozuelo.pdf

ROMA VALDÉS, A., “El alcance del delito contra la ordenación del territorio en supuestos complejos. Algunos ejemplos en Galicia”, en *Estudios penales y criminológicos*, (28), 2008, 397-440. Disponible: <http://dspace.usc.es/handle/10347/4140>

SOUTO GARCÍA, E. M^a, “Los delitos urbanísticos en España: la protección dispensada por el artículo 319 del Código Penal español a la ordenación del territorio”, en *Derecho Penal y Criminología*, XXXII (92), 2011, pp. 85-113. Disponible: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/2962>

Prensa

EFE, “El Gobierno concederá el indulto a la 'abuela de Fuerteventura' contra el criterio de la juez y el fiscal”, El Mundo, España, miércoles 26 de agosto. Disponible: <http://www.elmundo.es/espana/2015/08/26/55ddf797268e3e1a618b4599.html>

SANTANA, T., “La abuela canaria que no demolió su casa entra en prisión”, El País, España, 2015, martes, 25 de agosto. Disponible en: http://politica.elpais.com/politica/2015/08/24/actualidad/1440410209_488753.html

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia 77/1984 de 3 de julio
- Sentencia 219/1989 de 21 de diciembre
- Auto 141/2004 de 26 de abril
- Sentencia 201/2013 de 5 de diciembre

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia 1015/2002 de 31 de mayo
- Sentencia 363/2006 de 28 de marzo
- Sentencia 1250/2006 de 26 de junio
- Sentencia 1067/2006 de 17 de octubre
- Sentencia 1182/2006 de 29 de noviembre
- Sentencia 941/2009 de 29 de septiembre
- Sentencia 1127/2009 de 27 de noviembre
- Sentencia 54/2012 de 7 de febrero
- Sentencia 196/2012 de 21 de marzo
- Sentencia 901/2012 de 22 de noviembre
- Sentencia 425/2013 de 14 de mayo
- Sentencia 443/2013 de 22 de mayo
- Sentencia 568/2014 de 7 de julio
- Sentencia 675/2014 de 15 de octubre
- Sentencia 816/2014 de 24 de noviembre

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

- Sentencia 1207/2013 de 30 de octubre

Islas Canarias

- Sentencia 62/2012 de 5 de noviembre

Murcia

- Sentencia 744/2015 de 4 de septiembre

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Alicante

- Sentencia 118/2012 de 7 de marzo

Almería

- Sentencia 41/2006 de 7 de febrero
- Sentencia 296/2008 de 10 de noviembre
- Sentencia 177/2011 de 20 de mayo
- Sentencia 119/2014 de 9 de abril

Baleares

- Sentencia 28/2008 de 23 de mayo
- Sentencia 114/2011 de 6 de octubre
- Sentencia 126/2011 de 31 de octubre
- Sentencia 120/2012 de 21 de diciembre
- Sentencia 116/2013 de 23 de octubre
- Sentencia 314/2014 de 10 de noviembre
- Sentencia 257/2015 de 7 de octubre

Barcelona

- Sentencia 62/2002 de 25 de abril

Cáceres

- Sentencia 66/2009 de 20 de marzo
- Sentencia 190/2012 de 21 de mayo
- Sentencia 186/2014 de 28 de abril
- Sentencia 497/2014 de 27 de noviembre
- Sentencia 94/2015 de 5 de marzo
- Sentencia 486/2015 de 5 de noviembre
- Sentencia 493/2015 de 9 de noviembre
- Sentencia 518/2015 de 26 de noviembre

Cádiz

- Sentencia 54/2004 de 14 de abril
- Sentencia 26/2008 de 28 de enero

- Sentencia 214/2009 de 27 de mayo
- Sentencia 145/2014 de 6 de mayo
- Sentencia 200/2014 de 23 de junio
- Sentencia 222/2014 de 7 de julio

Castellón

- Sentencia 3/2006 de 30 de enero

Ciudad Real

- Sentencia 39/2012 de 1 de marzo
- Sentencia 98/2012 de 27 de junio
- Sentencia 124/2015 de 12 de noviembre

Córdoba

- Sentencia 277/2005 de 26 de mayo

A Coruña

- Sentencia 51/2013 de 22 de febrero
- Sentencia 568/2013 de 10 de diciembre

Granada

- Sentencia 22/2014 de 15 de enero
- Sentencia 104/2014 de 1 de marzo
- Sentencia 705/2014 de 28 de noviembre
- Sentencia 265/2015 de 23 de abril

Gran Canaria

- Sentencia 3/2010 de 28 de enero
- Sentencia 46/2011 de 2 de mayo
- Sentencia 113/2011 de 9 de diciembre
- Sentencia 56/2012 de 26 de marzo
- Sentencia 54/2013 de 9 de abril
- Sentencia 80/2014 de 31 de marzo

Huelva

- Sentencia 219/2014 de 2 de diciembre
- Sentencia 301/2014 de 29 de septiembre

Jaén

- Sentencia 4/2011 de 14 de enero
- Sentencia 164/2014 de 13 de mayo
- Sentencia 101/2015 de 28 de abril

León

- Sentencia 15/2001 de 13 de diciembre
- Sentencia 518/2015 de 13 de noviembre

Madrid

- Sentencia 230/2014 de 31 de marzo
- Sentencia 378/2014 de 23 de mayo
- Sentencia 945/2014 de 9 de diciembre

Málaga

- Sentencia 618/2005 de 9 de noviembre
- Sentencia 157/2009 de 23 de marzo
- Sentencia 619/2010 de 9 de noviembre
- Sentencia 240/2011 de 8 de abril

Murcia

- Sentencia 371/2014 de 18 de noviembre
- Sentencia 227/2015 de 12 de mayo
- Sentencia 450/2015 de 6 de octubre

Palencia

- Sentencia 63/1998 de 13 de julio

Ourense

- Sentencia 325/2012 de 14 de septiembre

Pontevedra

- Sentencia 59/2005 de 22 de abril
- Sentencia 54/2014 de 28 de enero

Sevilla

- Sentencia 218/2010 de 26 de marzo
- Sentencia 4/2011 de 2 de febrero

Soria

- Sentencia 114/2011 de 13 de abril
- Sentencia 111/2011 de 28 de abril

Tenerife

- Sentencia 289/2010 de 15 de junio
- Sentencia 180/2014 de 2 de abril
- Sentencia 492/2014 de 18 de noviembre

Toledo

- Sentencia 40/2005 de 28 de junio

Valladolid

- Sentencia 1255/1998 de 1 de diciembre

JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Tarragona

- Sentencia 199/2015 de 14 de julio

JUZGADOS DE LO PENAL

Madrid

- Sentencia 446/2012 de 17 de diciembre

Melilla

- Sentencia 79/2015 de 30 de julio

Ourense

- Sentencia 2/2016 de 7 de enero

Sevilla

- Sentencia 146/2014 de 17 de marzo

Santa Cruz de Tenerife

- Sentencia 6/2014 de 19 de febrero

Vigo

- Sentencia 231/2011 de 30 de noviembre